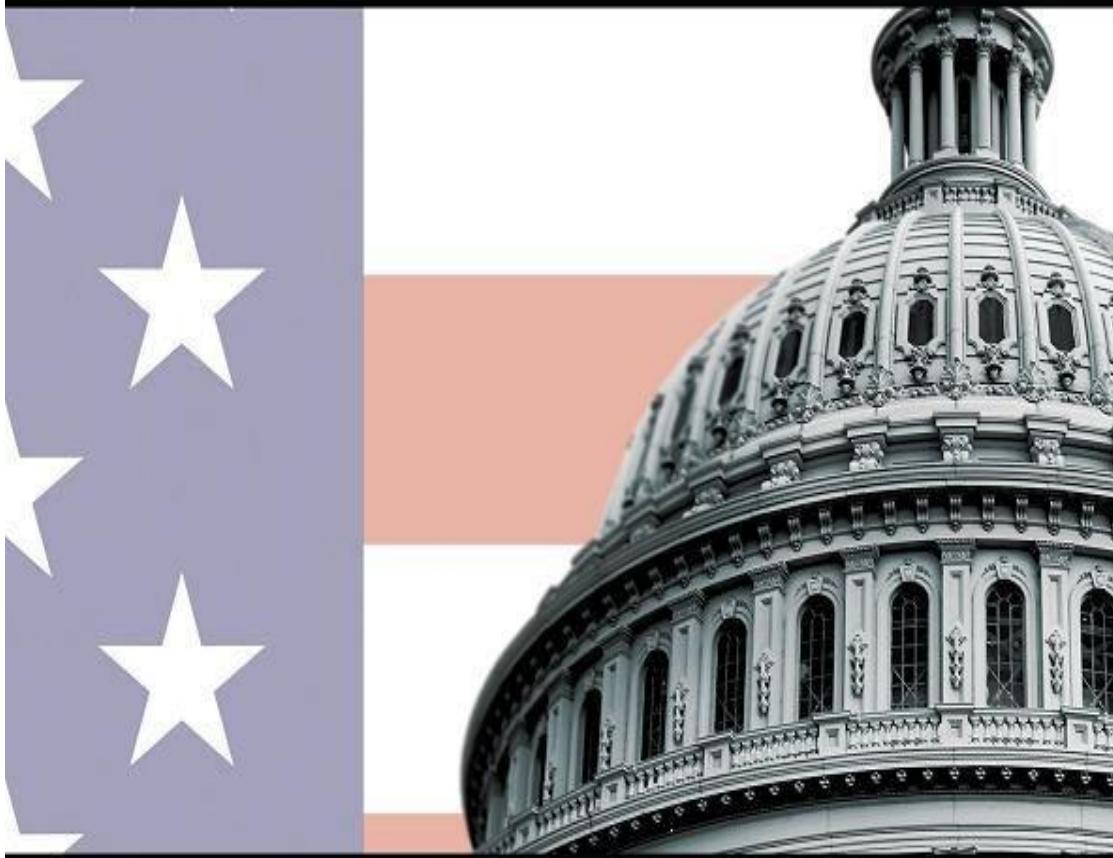


# 对美投资贸易法律指南



美国斐格律师事务所



WWW.FAEGRE.COM

# 对美投资贸易法律指南

导言 .....	1
<b>第 I 部分 美国法律体系的总体框架.....</b>	<b>2</b>
<b>第 II 部分 调整进口的美国法 .....</b>	<b>4</b>
2.1 销售适用哪国法律 .....	4
2.2 非关税贸易壁垒 .....	5
2.3 关税和原产国标注 .....	5
2.4 网上销售 .....	7
2.5 邮件与电报欺诈法 .....	8
2.6 税收 .....	8
2.7 通过销售代表和分销商在美国销售 .....	9
2.7.1 销售代表和分销商的比较 .....	9
2.7.2 分销商和销售代表享有的法律保护 .....	10
2.8 特许经营 .....	11
2.9 知识产权 .....	12
2.9.1 专利和商标 .....	12
2.9.2 技术许可 .....	13
2.10 数据保护 .....	14
2.11 美国产品责任法 .....	14
<b>第 III 部分 直接投资.....</b>	<b>17</b>
3.1 直接投资的形式和政府报告制度 .....	17
3.2 法人 .....	19
3.3 通过设立新企业的方式进行直接投资 .....	22
3.3.1 劳动雇佣法 .....	22
3.3.2 员工福利 .....	23
3.3.3 房地产事务 .....	25
3.3.4 建设工程合同 .....	27
3.3.5 环境法规 .....	29
3.4 通过收购的方式进行直接投资 .....	30
3.4.1 文件准备和审核评估 .....	30
3.4.2 收购方式 .....	33
3.5 美国移民法 .....	35
3.6 北美自由贸易协定 .....	37
3.7 税收 .....	38
3.8 新《萨班斯—奥克斯利法案》 .....	41
<b>第 IV 部分 融资 .....</b>	<b>42</b>
4.1 公司间贷款和银行贷款 .....	42
4.2 地方政府的优惠政策 .....	42
4.3 公共证券市场 .....	43

第 V 部分 美国的商事纠纷解决制度 .....	48
5.1 美国法院系统的总体结构 .....	48
5.2 对外国人的管辖权 .....	49
5.3 审前调查规则 .....	50
5.4 调查规则对外国公司的适用 .....	51
5.5 审判程序 .....	52
5.6 纠纷解决的其它方式 .....	52
结束语 .....	54
美国斐格律师事务所简介 .....	55

# 对美投资贸易法律指南

## 导言

对外国投资者来说，美国市场充满商机。美国的经济规模世界第一，对外国商品、服务和直接投资的需求持续增长。美国和遍布全球的伙伴国以及贸易集团之间形成的贸易、直接投资和税收条约体系，同时亦为外国投资者进入美国市场打开了方便之门。美国成熟的法律制度使在美经商的外国人得以公平公正地进行商业交易。在美国开展业务的外国企业须和他们的美国同行一样遵守相同的法律；并可期待在美国法律下对其和美国企业一视同仁。

本指南旨在向外国企业管理人员及其顾问介绍美国法律的基本框架，特别是直接影响外国企业向美国出口和直接投资的法律。指南涵盖了外国企业管理人员在开始对美贸易或直接投资前，应了解的五大类基本信息。第 I 部分概括了美国政府的组织运作方式。第 II 部分介绍了外国企业将其商品和服务出口到美国时将会遭遇的法律。第 III 部分进一步概括了外国投资者在美国建立直接运营时将面对的法律和手续问题。第 IV 部分简单介绍了在美国为企业经营进行融资的常用方法。最后，第 V 部分概括了如何通过美国法院和仲裁等纠纷解决机制来解决商业纠纷的。

本指南无法将在美经商所可能涉及的全部美国法都概括得面面俱到；也无法详细介绍其中的每一部。限于篇幅，本指南仅能就美国相关法律予以总括性的介绍。在做出任何商务决策之前，您应向有经验的美国律师咨询具体问题。

## 第 I 部分 美国法律体系的总体框架

美国是由 50 个独立的州和一些海外领地组成的联邦制共和国。每个州都有自己的法律体系；同时，根据美国宪法，每个州将其对全国性事务的法律权力让渡给联邦政府。联邦政府由三个独立的部门组成，即国会、行政部门和司法部门。

国会由众议院和参议院组成。众议员是由各州根据人口数量按比例选举产生的。（所以加利福尼亚州和纽约州这样的人口大州比科罗拉多州和依阿华州这样的人口小州选举产生的众议员人数要多。）相反，参议员为 100 人，由每个州选举产生两名。

国会的主要职能是立法，以制定在美国规范个人和企业的法律。这些法律是由行政部门管理和实施的，行政部门的首脑是由全国选举出的总统，总统由联邦政府的各个机构和独立的委员会（其负责人由总统提名）辅佐。例如，商务部的职责是推动全国商务活动，并对美国贸易和直接投资进行统计；财政部监督国税局 (Internal Revenue Services / IRS)，而国税局负责管理国会通过的美国税收法律；美国食品及药物管理局 (Food and Drug Administration / FDA) 是卫生保健部的下属机构，管理食品、药品和医疗设备的生产和销售；新设的国土安全局 (Department of Homeland Security) 监督管理移民局 (Immigration and Naturalization Service / INS) 和海关总署(U.S. Customs Services)等不同的机构；司法部在联邦调查局 (Federal Bureau of Investigation / FBI) 的协助下实施执法行为。联邦贸易委员会 (Federal Trade Commission / FTC) 负责保护消费者和企业免受不法商业行为的欺诈和掠夺，证券交易委员会 (Security and Exchange Commission / SEC) 则负责管理证券的公开发行和金融票据的交易。（本指南附录 I 中的图表详细概括了美国行政部门的组织机构。）

司法部门的职责是对有全国性影响的案件所适用的美国宪法和其他法律法规进行解释。当没有成文法律法规可以适用，或者法律法规在何情况下适用或如何适用尚不明确的时候，法院便运用历来的法律原则来解决当事人之间的纠纷，在此意义上法院有“造法”功能。和国会议员及总统不同，美国的联邦法官不是由人民选举产生，也没有任期限制。他们是由总统提名产生的终身制法官。这种法官无需由选举产生的制度可以使法官独立于政治和其他影响之外，从而保持司法的公正性。



每个州都有和上述联邦法律体系相对应的州法律体系。州法律体系集中于州内事务而非国家事务。在美国从事商务活动的外国公司会面对各种各样的州法和联邦法。

## 第 II 部分 调整进口的美国法

### 2.1 销售适用哪国法律

准备将货物出口到美国的外国公司面临的一个法律问题就是——商品销售合同适用哪国法律。令人惊讶的是，国际销售中当事人经常忽略这个基本问题；而没有以书面形式对此问题做出约定，可能导致无法预料的不幸后果。国际销售的当事人须知，除非他们在合同中明确约定适用哪国的法律，否则很可能就要适用《联合国国际货物销售合同公约》（“联合国公约”）。虽然联合国公约二十年来已经成为国际商事法律体系的重要组成部分，但却只有为数不多的当事人认识到他们所订立的国际货物销售合同可能要适用联合国公约。

联合国公约包含了调整国际货物销售的一系列规则，当事人如果没有在销售合同中明确约定适用哪国法律，该销售合同将受联合国公约中的这些规则的调整。当合同双方当事人都是联合国公约的缔约国时，公约适用于他们之间所订立的国际销售合同。美国是联合国公约的 61 个缔约国之一（缔约国名单见附录 II）。经验表明，大多数国际销售合同的当事人更倾向于选择适用一方当事人的国内法而非联合国公约。原因主要是联合国公约相对较新，所以有关公约在不同情形下如何适用的司法解释也就相对较少。

当就一国际销售合同产生纠纷，如能预见对案件有管辖权的法院将如何解决该纠纷对当事人总是有利的。在调整商业合同的法律发展得较为成熟的国家，当事人有较好的机会预见纠纷解决的结果。所以，当事人喜欢国际销售合同适用那些调整销售合同的法律制度业已发展成熟的国家的法律。在美国，《统一商法典》(Uniform Commercial Code / UCC) 为国际货物销售和其他交易的当事人提供了发展成熟且具有良好预见性的法律。《统一商法典》在美国 50 个州的适用基本上都大同小异。

国际销售合同适用联合国公约的前提是书面销售合同的存在。以书面形式订立合同对于买卖双方来说都较为有利。缺乏书面合同将使合同发生纠纷的风险大大提高，也会增加当事人举证的困难和费用。

## 2.2 非关税贸易壁垒

虽然美国是世界贸易组织（WTO）成员并且恪守自由贸易的原则和目标，出口到美国的货物依然会遇到各种各样的非关税贸易壁垒。此类非关税贸易壁垒主要是为了保护美国消费者的健康和安全；同时也用于保护对美国有重要经济和战略意义的行业。非关税贸易壁垒的形式有：全球配额，双边配额，环境法规，产品标准，以及政府采购法规等。

出口到美国的食品和药品必须符合食品和药品管理局的各项规定。出口到美国的汽车必须分别达到美国交通部的安全标准和环保局的控制空气污染指标。又如，美国关于环境保护的法规还禁止进口用可能意外地杀死海豚的方式捕获的鱼类产品。同时，美国《购买美国货法案》(Buy American Act) 还促使美国政府部门在为联邦政府采购货物和服务时更偏向于本国供应商。

然而，WTO 协议正在逐步减少针对外国货物和服务出口商的非关税贸易壁垒。例如，WTO 的《技术性贸易壁垒协议(货品标准规则)》要求每一个缔约国对进口产品实施不低于本国产品的国民待遇标准。如今，许多国家都有国际标准测试设施，因此在产品出口到美国之前，外国出口商就可以知道他们的货物是否达到美国的法定标准。

即使 WTO 已经开始限制和减少非关税贸易壁垒，WTO 成员依然可以征收进口关税。所以，尽管达到了美国的卫生和安全标准，大多数出口到美国的货物还是会被美国海关征收关税。

## 2.3 关税和原产国标注

如大多数国家，美国也通过制定一系列有针对性的法律来规范进口货物的流通，比如，通过征收关税和其他费用来筹集财政收入，通过实施配额、贸易限制、反倾销令和要求原产国标记等方法控制某些特定货物的进口，以及通过实施有关知识产权、国家卫生、安全、福利和公共道德等方面的法律来保护国家利益。对货物进口的管制权力完全由联邦政府掌控。而美国海关总署则承担管理和实施上述法规的首要职责。其它有权管理特定货物进口的联邦政府机构包括：美国商务部(the Department of Commerce)、美国

贸易代表处 (the Office of the United States Trade Representative) 以及美国国际贸易委员会 (the United States International Trade Commission)。进口货物到美国要遵守这些法规，其中最主要的是有关关税和原产国标记的要求。

除非法律另有专门规定，所有进口到美国的货物必须向美国海关报关并缴纳关税。关税一般是基于美国海关定价规则所确定的货物价格的从价税。美国海关报关的手续包括如下的步骤：入关，检查，估价，分类，清关。

入关是进口的第一个步骤，商业货物的入关通常由进口商或者其代理人向海关申报一份正式的入关表格。入关表格会列出关税类别和应税货物价格，并附上预估的税款和手续费。如果美国海关认可入关表格上申报的货物类别和估价，美国海关将检查货物并在进口商申报入关表格的时候将货物放行。

大多数关税是根据货物价格的百分比征收的，所以首先要确定进口货物的价格。进口商负责在入关前估算货物的价格。目前有几种不同方法来决定货物的应税价格。按这些方法估价的过程是复杂的，通常要有专业人士的协助才能完成。货物的应税价格最终由美国海关确定。如果进口商不同意美国海关确定的货物应税价格（一般总是因为其中的差价会导致更高额的关税），海关法允许进口商对海关的决定提出异议。如有必要，进口商还可以就此向美国国际贸易法院提起诉讼。

对进口货物征收的关税税率取决于该货物在统一关税表中的类别。进口商负责在入关前确定货物的类别。和估价一样，根据统一关税表确定货物的类别是个复杂的过程。进口商可以从海关得到关于货物正确分类的非官方指南，也可以在入关前请求美国海关为货物确定一个具有法律约束力的类别。和估价一样，对货物的类别有最后决定权的是美国海关，而进口商有权对海关的决定提出异议或上诉。

美国海关就入关货物的应税额做出最后决定后，就可以履行清关手续。当一单入关的货物清关后，多付的税款将退还给进口商，不足的部分由进口商补足。

有几种方法可以获得退税或者延付税款，这些方法包括将货物进口到美国以外的贸易区、使用保税仓库、利用退税项目或者进行临时保税进口。



作为一个基本规定，在外国制造的货物进口到美国必须用英语标示生产地的国名。该标记应置于货物的显著位置，并且应当明了易读、不易消除而且持久不变。某些货物无须原产国标记，所以其适用的法规需要仔细地审读。进口商不遵守原产国标记的要求将面对相当严厉的罚款，货物也可能被美国海关没收。

有些货物由于其特性，可能对美国消费者造成意外的危险，这类货物在进口到美国前必须获得专门的政府许可证。例如，食品或医药产品在进口到美国之前就必须通过美国食品和药品管理局的审查和批准。

外国企业可以从设在其本国的美国领事馆、货运代理和海关经纪人那里获得关于美国进口法规的基本信息。当遇到较为复杂的进口规定或关税问题时，可以向有经验的美国律师咨询。

#### 2.4 网上销售

向美国企业和消费者销售货物的外国公司会发现，无论是网上销售还是传统的销售方式，适用的法律本质上是相同的。但是，两者有一个显著的区别，那就是电子商务无须在纸张上签订合同，也无须墨水笔签名。为了鼓励电子商务，州和联邦法律都确保签名或合同不会仅仅因为采用了电子形式就失去法律效力。

一般来说，只要顾客在同意合同条款前有机会审阅合同，合同条款没有显失公平或违背公共政策，且消费者以不易引起误解的方式表达了他对合同的同意，美国法院会就会判定该网上合同有效。对合同的同意必须是有意识地做出的才是有效的，而且消费者必须有理由相信他的行为的确会被推断为对该合同的同意。所以，消费者需要滚动网页浏览整个合同条款和条件、且必须点击“我同意”的按钮才能切换到下一个页面的“点击同意”协议，一般是有效的。相反，在网页底端以“细则”形式将合同的条款和条件链接在页面上的“链接浏览”协议，一般来说则是无效的，因为顾客可能未看见链接或知道链接的存在就从一个页面切换到另一页面。

很多情况下，关键问题并非是一项电子合同在美国法中是否有效，而是卖方是否能够证明点击“我同意”的人的身份。幸好，网上“签名”问题有许多实践上和技术上的解决



办法，包括交易伙伴之间签订协议、使用数字签名以及简单的用户密码。要判断在既定的情形下哪一种是最佳解决方案，公司必须同时考虑风险的大小，相关法律赋予的相应责任以及实施该项解决方案的成本。

## 2.5 邮件与电报欺诈法

在美国，国际商事律师常被客户问及：如果外国生意伙伴要求和他们就某一国际贸易订立两套文件，一套记载真实的交易情况，另一套则反映虚假的数据，那么答应这种要求是否合法？后一套文件通常(但亦有例外)是不太发达国家的生意伙伴所要求的，目的是为了逃税或者逃避该国的外汇管制。国际贸易或其他交易的外国当事人应该知道，美国公司和他们的主管人员受美国邮件与电报欺诈法的约束，该法案规定在商业交易中出具虚假文件将会被处以严厉的罚金，甚至被判有期徒刑。所以，如果外国商人关于出具两套文件的提议被拒绝，并不一定意味着他们的美国生意伙伴是受道德的约束，很可能只是因为不想冒坐牢的风险。

## 2.6 税收

美国的大多数州都征收销售和使用税。许多地方税收区域（如县，市）也征收销售和使用税。这类税在许多情况下可以免征，但各州关于免征的规定缺乏统一性。

州销售和使用税和欧洲的增值税很相似，但运作形式不同。一般来说，销售税是对销售有形动产征收的货物税，部分州也对有些服务征收销售税。此类税收根据销售价格成正比。州销售税的税率通常在 4% 到 7% 之间，但加入地方销售税后税率会有所提高。使用税则对在本州内拥有、占有、储藏、使用或消费货物征收。使用税税率通常和销售税税率持平。

使用税是在无法征收销售税的情况下征收的。例如，如某人在其他州购买了应税物品并将其邮寄回家，就不用缴纳销售税，因为购买行为是在州外发生的。然而，如果此人在州内使用该应税物品，就应缴纳使用税。



销售税仅在零售环节征收，即当应纳税物品是销售给最终消费者的。批发环节通常免征销售税。故此，当批发商将应纳税物品销售给零售商用于再次销售时，无需缴纳销售税。

对于企业来说，最重要的问题之一就是弄清何时应当收取销售税或使用税。各州通常要求应税物品的卖方向顾客开具发票时，要提取相应的税款。然而，美国的法院曾经判决，除非卖方位于该州（如在该州有办事处、销售人员或者仓库），否则该州不能要求卖方提取顾客应纳的税款。这一判决确立的规则对从事电子商务的企业有利。除非这些企业位于该州（即使仅有一台服务器位于该州即算），他们不需要就销售和运送至该州消费者的货物提取销售税。

美国基本上不会向外国生产商在美国销售供使用和消费的货物和服务所获得的盈利征收所得税。美国和与美国有贸易及直接投资关系的国家签订了大量的所得税条约。这些条约一般都规定，美国只向在美经商的外国公司设立在美国的“常设机构”的收入征收所得税。典型的税收条约通常将常设机构定义为分支机构或外国公司雇佣美国本地雇员开展经营业务的其它场所。所以，外国公司通过其本国基地而非在美国的常设机构向美国消费者出口销售，无需就该销售获得的盈利向美国缴纳所得税。

## 2.7 通过销售代表和分销商在美国销售

### 2.7.1 销售代表和分销商的比较

认为在美国市场有长期发展机会的外国公司，在建立直属经营机构前，一般会通过美国的销售代表和分销商来为拓展美国市场。美国的销售代表或分销商在服务现有美国顾客和开拓新顾客方面起作至关重要的作用。销售代表和分销商的功能，事实上是替代外国生产商本身在美国的销售队伍。

理解销售代表和分销商之间的区别很重要。销售代表（通常称为销售代理）为其服务的外国公司的产品和服务寻找美国客户，帮助外国公司在其美国客户群中推广他们的产品和服务以促进其销售（有时也充当外国公司的收帐代理），还常常提供售后质量保证或其他形式的客户服务。作为外国公司的代理人，销售代表并不拥有外国公司所提供

的货物；销售合同调整的只是外国公司和美国客户之间的关系。销售代表就通过其在美国代表或代理促成的销售从外国公司提取佣金作为报酬。

相反，分销商本身就是外国公司的主要客户。分销商购买下外国公司的产品，获得产品的所有权，再将这些产品销售给分销商自己的美国顾客群。分销商从外国公司产品的再销售中赚取差价。

比较而言，外国生产商更倾向于使用分销商而非销售代表在美国销售其产品，因为这样大大减少了外国公司常会遭遇的收帐问题。但是，美国反垄断法限制了外国公司制约分销商地域和控制零售价的可能。而外国公司和销售代表之间的关系则不受这些反垄断法的限制，因为销售代表从未获得外国公司产品的所有权。

如果销售代表为外国公司提供很宽泛的服务并为其在美国的产品提供仓储，该外国公司就有可能被美国国税局视为在美国有常设机构。这可能导致该公司在美国被征收所得税，也可能将该公司置于美国法律程序的管辖。如果充当销售代表的不是公司或其他经济实体而是个人，而且该个人全职地为外国公司工作，那么该外国公司和销售代表之间的雇佣关系要受州法律的调整。

### 2.7.2 分销商和销售代表享有的法律保护

美国的一些州有保护销售商的法规。有些情况下，这些法规只适用于特定行业的分销商，例如农具分销商、啤酒分销商以及汽油销售商。但大多数情况下，这些法规适用于任何分销关系。供应商忽视这些法规的适用可能要承担相当大的责任。所以，在这些州营业时候，供应商应先假定其分销商享有法律保护。州与州之间对于分销商的特定保护有所不同，但是这些保护通常涉及终止分销合同或不再续签分销合同时的实体性和程序性要求，或者涉及双方关系的其他类似的实质性改变时的实体性和程序性的要求。

虽然各州保护销售商的法规有所不同，但也有一些共同的基调。大多数保护销售商的法规禁止供应商在没有事先书面通知和合理理由，也没有给予合理的弥补违约行为的机会就结束分销关系或者不再延续分销关系。有些法规要求供应商回购分销商处剩余的产品库存。大多数法规都规定对销售商的法定保护不能放弃，而且禁止当事人通过合同

中的法律选择条款来排除法定的保护。所有法规都规定了违反法定保护的禁令性的或者金钱性的救济方式，后者还包括赔偿胜诉原告诉讼费和律师费。

有些州的法规也调整销售代表和供应商之间的关系。这些法规通常类似于保护分销商的法规。从本质上说，这些法律的目的是确保本州的销售代表得到及时合理的报酬。仅有几个法规，和大多数保护销售商的法规一样，要求供应商只有基于合理的理由才能终止与销售代表的关系。

典型的保护销售代表的法规要求供应商和销售代表之间的关系必须以书面形式确立，双方的合同要约定佣金的计算方式，销售代表要得到一份合同，供应商终止与销售代表的关系后应当及时地向销售代表支付佣金（从 5 个工作日到 45 个工作日不等）。如果供应商没有在规定时间内支付佣金，销售代表可以起诉供应商，并要求其赔偿损失、支付律师费和诉讼费。

有些州保护销售商的法规明文规定不适用于供应商的雇员（如伊利诺斯州、堪萨斯州、马里兰州、马萨诸萨州、明尼苏达州、纽约州、俄亥俄州、宾夕法尼亚州），有些州的法规则不适用于直接向终端消费者销售货物的销售商（如伊利诺斯州、肯德基州、俄亥俄州、宾夕法尼亚州、南卡罗来纳州），或不适用于上门推销员（堪萨斯州和密西西比州）。而另外一些州的法律则可以被解释为既适用于雇员也适用于独立的缔约方。

## 2.8 特许经营

特许经营在美国是高度规范化的产品或服务分销方式。许可方授权另外一方（即分销商）以许可方指定的方式在一定的时间内和一定的地点从事经营业务的称之为特许经营。特许经营中被许可方的权利包括销售许可方的产品或服务，使用许可方的商业秘密或经营诀窍，使用许可方的商标或商品外观，或者以上各项的组合。

特许经营同时受联邦法和州法的规范。在联邦法的层面上，特许经营的许可方必须遵守联邦贸易委员会推行的披露规则。该披露规则要求许可方在和被许可方签订特许协议前必须向潜在的被许可方发出特许经营“授权通报”(Offering Circular)，以便被许可方就能在知情的情况下做出决定。授权通报必须以披露规则规定的形式提供许可方及其经

营情况的信息。披露规则还要求许可方不断更新授权通报，以保持信息的及时性，并充分反映许可方及其经营情况的重大变化。

除了联邦法的规定，美国四分之一以上的州为进一步规范特许经营，要求许可方每年在本州的特许经营管理部门登记其授权通报。这些州还有“特许关系法”之类的法规。这些法规类似于保护销售商法规，保护被许可方免受许可方终止特许关系而导致的损害。

凡符合“特许经营”定义的分销协议都受特许经营法律的调整。然而，各州法律对于特许经营的定义不同，通常包含以下三个因素的分销协议即被视为特许经营：一方当事人被授权根据供应方确立的体系或营销计划来销售商品或服务；该当事人被授权使用供货方商标、商号或标记；该当事人向供货方支付特许经营费，作为享有货物或服务分销权的回报。

多年以来，美国的案例法赋予特许经营的被许可方许多权利，被许可方在与许可方交易中可以行使这些权利。违反特许经营法将面对严厉的处罚和后果，而且许可方的经理人员和董事可能面对刑事处分。

有些外国投资者并没有想要在美国设立特许经营机构，但他们无意中组建的分销模式可能意外地须受美国特许经营法的管辖。为此，美国的特许经营法广泛的适用范围对于外国投资者来说可能是一个陷阱。外国投资者在规划和设计他们在美国的销售模式时，最好能寻求美国特许经营法专家的指导。

## 2.9 知识产权

### 2.9.1 专利和商标

在美国销售产品和服务的外国公司须知，美国的知识产权法和大多数别的国家尤其是大陆法系国家的知识产权法有着显著的区别。例如，发明人在申请专利保护之前，有一年的时间来测试其发明在美国的商业价值，而这样的测试并不会导致发明失去其新颖性。即使是这种商业测试是秘密进行的，发明申请也必须在测试开始后的一年中提出。



而且与其他许多国家不同，在美国，软件、经营方法以及人体治疗方法也可被授予专利的。

另外一个有着显著差别的美国法领域是商标法。和其他国家一样，美国有一个全国范围的商标注册制度。然而，美国也遵守普通法原则，即如果一方当事人可以证明，在另外一方当事人使用或注册某一相同或相似的商标之前，他已经开始将该商标用于商业用途，那么他因使用在先而取得的商标权将优先于另外一方当事人通过使用或注册而取得的商标权。

美国是大多数重要的保护知识产权的国际公约的缔约国，包括《保护工业产权巴黎公约》、《专利合作条约》以及《维也纳商标注册条约》等。所以开发出有价值的知识产权的外国公司，可以和任何美国公司及其他外国公司一样在美国法下寻求对知识产权的保护。

### 2.9.2 技术许可

外国公司经常授权和非关联的美国公司使用他们的知识产权来制造或销售基于这些知识产权生产的产品。技术许可协议通常涉及转让专利、专有技术和商标权，允许被许可方在规定的地域（如美国）和有限的时间内排他性地使用这些权力。

在与美国的被许可方签订一项技术许可协议之前，外国公司会希望进行合理的审慎调查以了解美国的被许可方对技术的使用是否会侵犯任何第三方的权利。被许可方到期希望万一第三方的权利被侵犯时他们可以免责。同样，外国公司也希望确保他们的技术在美国受到保护而不被被许可方或任何第三方滥用。

许可协议同时也规定被许可方使用许可方的技术要支付技术使用费。外国许可方须知，美国税法对支付给外国许可方的使用费征收提取税 (withholding tax)。被许可方负责向国税局缴纳提取税。提取税的税率根据美国和许可方母国之间的税收条约而有所不同。



不同于某些国家，在美国，技术许可协议无须经过任何政府部门的批准。但是，外国许可方须知，美国的被许可方受到美国关于出口控制法律的制约，这些法律可能会限制被许可方对技术的使用，限制被许可方向国外销售使用这些技术而生产的产品，或者为这些产品提供服务。

## 2.10 数据保护

美国既没有数据保护方面的基本法律，也没有象《欧盟数据保护条例》(EU Directive on Data Protection) 那样的专门法规。一些联邦法关于隐私保护的规定是相对各特定领域的。例如，《金融服务现代化法案》(Gramm-Leach-Bliley Act) 调整的对象是金融机构对个人信息资料的搜集和使用；《公平信用报告法案》(Fair Credit Reporting Act) 调整的对象是消费者信息报告部门及消费者信息报告的使用者；《健康保险方便与可靠法案》(Health Insurance Portability and Accountability Act / HIPPA) 调整的对象是医疗卫生数据；而《儿童网上隐私保护法案》(Children's Online Privacy Protection Act / COPPA) 调整的对象是从儿童那里搜集个人信息资料地网站经营者。另外，联邦贸易委员会对从事“欺诈性贸易行为”的公司有广泛的调查权和起诉权。起诉违反联邦贸易委员会隐私政策的公司，以及从事其他个人信息资料搜集、使用和披露的欺诈行为的公司，被联邦贸易委员会视为一项非常重要的任务。

然而，就美国数据保护法的讨论并未结束。大多数州有着这样那样的适用于特定领域的数据保护法。例如，最近出台了大量反垃圾邮件的立法。另外，大多数州认可对侵犯隐私的普通法上的诉权。州与州之间的法律冲突和重叠而产生的混淆可能最终会促成一部主导性的联邦数据保护法的出台。就目前来说，美国公司和外国公司必须应对各州关于数据保护的不同法律。

## 2.11 美国产品责任法

产品责任问题经常给向美国出口产品的外国出口商带来很大的顾虑，因其可能使生产商、销售商、产品设计者、服务提供者甚至于技术使用的许可方陷入诉讼。所以，出口商需要了解产品责任方面的美国法，以避免产品责任方面的纠纷。当有些措施可以帮助外国公司减少卷入美国产品责任的诉讼。

“产品责任”通常被定义为生产商或销售环节的其他企业对销售或使用该产品而造成的人身伤害、财产损坏或经济损害所负有的责任。为此，“产品”一词既指成品，也指对消费者期望或产品安全有影响的辅助品。例如，生产商有责任向产品的购买者和使用者说明如何安全地使用该产品。一般来说，这些说明应该包含在使用手册中。如果使用手册上的使用说明不完善从而导致购买者或使用者受伤，那么生产商就要负责。所以，美国产品责任法将使用手册视为产品的延伸。相似的，销售手册、质量保证，备用件、广告、服务手册乃至于标签都可视为“产品”。同样道理，“产品责任”理论也适用于服务的提供者；所以，“产品责任”中的“产品”一词应该作广义地理解。

产品责任诉讼通常涉及一系列混乱的理论。原告可能就被告在产品的设计、生产或销售中的疏忽大意而造成的损失要求补偿。根据严格责任原理，被告有义务证明产品的安全性。生产商或供应者对产品的陈述或沉默，都可能由于违反其对产品的明示的或默示的质量保证而引致产品责任，或者由于构成错误陈述而引致产品责任。最后，原告还可援引州的消费者保护法规来起诉生产商或者供应商。

各种不同的产品责任理论可以用一个法律原则来概括：生产商和其他供应商对产品和服务的设计、生产、推广和销售应承担合理尽心义务。这个原则意味着产品或服务的提供者在评估和决定他们的产品以何种形式的方式进入美国市场时，应该仔细考虑各种可供选择的方案。在决策过程中，产品或服务的供应商如果将节约成本凌驾于安全因素的考虑，那么他们就可能面临产品质量问题。这个原则也意味着一个谨慎的生产商应当做好准备有朝一日他必须在法庭上证明他们的产品设计、生产和推广决策在当时的情况下是合理的，他能够从容应对。如由于事后的情势变更导致当时的决策变得不合理时，生产商有义务采取弥补措施。

在美国，产品责任是商业生活的一个组成部分。想要进入美国市场的的产品或服务的供应商，应该采取措施来减少潜在的产品责任问题。最有效的降低风险的措施是注重产品的设计、生产、销售、产品或服务本身的特质以及在任何情形下使用它们。美国也有产品责任保险，但相对比较昂贵。



正如读者将从本指南第五部分（美国的商业纠纷解决机制）了解到的，即使外国生产商在美国没有经营场所，美国法院就针对外国生产商起的诉讼依然享有管辖权。所以对于可能在美国遭遇产品责任问题的外国生产商来说，明智的做法是在产品大量销往美国前，咨询有经验的美国律师。

## 第 III 部分 直接投资

### 3.1 直接投资的形式和政府报告制度

“直接投资”一般是指外国企业在美有直接的营业场所，通常是外国公司或其美国的分支机构在美国拥有或租赁经营场所，并且在该经营场所雇佣员工。直接投资可以是外国公司在美国建立分公司。但是，在美国的外国直接投资通常是采取下属于外国公司的美国子公司的形式。直接投资可以是启动一项全新的业务，由外国公司设立他的新的营业场所、招募属于自己的新员工。然而，在美国的直接投资通常是通过收购一家已有的美国公司的方式进行，由外国公司收购一家美国公司已有的业务，包括它的营业场所和雇佣的员工。外国公司还经常以购买土地或建筑物的形式在美国进行直接投资，而不必雇佣员工或占用可以进行营业活动的场所。

无论外国人何时在美国进行直接投资，该外国人有义务向设在华盛顿的美国商务部递交一份信息表。外国人在美投资无须通过美国商务部的同意，但是它必须向商务部报告有关投资的基本信息，例如投资主体的身份、投资类型以及投资额。该信息表（BE-13）必须在进行投资的 45 天以内递交商务部，否则将受到严厉的惩罚。

一般来说，外国投资者不需要政府批准就可以在美国进行直接投资。但是，这个一般规则也有一些例外。

在收购任何一家美国企业之前，收购各方必须判断收购的规模是否会引起 1976 年《哈特—斯科特—鲁迪南反垄断改良法案》（Hart-Scoot-Rodino Antitrust Improvements Act）规定的报告程序。如果收购达到了一定的规模，收购各方必须事先将计划的收购事项向联邦贸易委员会报告，只有在报告之日 30 日之内没有收到联邦贸易委员会的反对时，收购才能完成。反垄断改良法案设立的标准包括贸易测试和规模测试。

贸易测试要求当拟收购的任何一方正在从事影响贸易包括国际贸易的行为时当事人就应该向联邦贸易委员会进行报告。由于美国法院对于何种行为会影响贸易有宽泛的解释，实际上所有外国公司收购美国企业的情况都会满足贸易测试的标准。



规模测试的要求在以下两种情形下得以满足：一是收购一方的销售额或资产额至少为 1 亿美元，另一方的销售额或资产额至少为 1 千万美元，而且收购导致收购方持有另一方的股票或资产超过了 5 千万美元；二是收购导致一方持有另一方 2 亿美元以上的股票或资产。年净销售额是由上一年常规收支年报中的数据决定，资产是由上一次常规资产负债表中的数据决定。

在最终确定一项收购是否需要向联邦贸易委员会报告之前，还必须考虑反垄断改良法案提供的豁免情况。另外，还有大量的法规和解释影响到贸易测试和规模测试在每种情形下的适用。

《国防生产法案埃克森—佛罗里奥修正案》(Exon—Florio Amendment to the Defense Production Act) 授权美国总统或其指派机构“在美外国投资委员会”(the Committee on Foreign Investment in the United States / CFIUS) 判断有外国人参与、可能导致从事美国国际贸易的企业被外国人控制的合并、收购或接管对于国家安全可能产生的影响。该修正法案的目的是，如果有可靠的证据使总统相信控制美国企业的外国人可能从事威胁美国国家安全的行为，且法律的其他规定又没有赋予总统足够的、恰当的权力来保护国家安全的时候，总统可以中止或禁止该项收购。

如果跨国收购的当事人担心他们的收购会适用《国防生产法案埃克森—佛罗里奥修正案》，他们可以向政府报告计划中的收购从而争取事先获得政府的许可。该法案下的报告制度是自愿性质的，在收购完成前后都可以做出报告。然而，如果没有自愿进行报告的话，政府可以在收购完成后至少三年以内撤销该项收购。

外国投资者还应了解，美国有些州的法律禁止收购本州的农业用地。外国投资者一不小心就会落入这些法律的陷阱中：房地产经纪人有时会以为某片土地可能已经被开发商购买，所以不再属于农业用地。外国投资者如果相信了这些经纪人，就可能为这个错误付出昂贵的代价。他们受到的惩罚可能是无偿没收财产。

### 3.2 法人

无论外国投资者采取设立一家新企业的方式还是收购一家已有的美国企业的方式，外国投资者都需要选择一个法律形式来进行投资。

有时外国公司不在美国设立法人而是直接在美国投资。这样外国公司就会设立自己在美国的分公司。由于在美国的分公司将使该外国公司置于美国法律程序之下，而且需要缴纳在美国的所得税，所以通常外国公司设立一个美国法人来进行在美直接投资。

最常见的在美直接投资的形式是 C 类公司（C 指的是《国内税收法案》C 节，该节规定了此类公司的税收情况）和有限责任公司。C 类公司通常以公司名称加上“Incorporated”一词的缩写“Inc.”为标记，但有时也会由“Company”一词或是它的缩写“Co.”为标记。有限责任公司通常在其名称后加上字母“LLC”为标记。

在美国，C 类公司是根据州法律而不是联邦法律来组建和经营的。每个州都有管理公司和有限责任公司的法律。根据某一个州的法律组建的公司可以自由地在任何其他州开展业务。当在 A 州设立的公司要在 B 州设立分公司（如直接雇佣员工或拥有营业场所）时，它必须符合 B 州的资格要求，也就是要在 B 州登记。登记将使该公司置于 B 州的法律管辖下，而且公司通常要缴纳 B 州的所得税。

根据某一个州的法律在该州设立公司而将该公司的主要营业场所设立在其他州的做法，在美国是司空见惯的。成千上万的美国公司根据特拉华州法律设立，但是它们的主要营业场所并不在特拉华州。特拉华州之成为最受欢迎的公司设立地，主要有两点原因：首先，特拉华州的立法机关和法院建立起的公司法比其他州的公司法历时都更为悠久，有关公司治理的法律问题在特拉华州也就更具有确定性；第二，特拉华州长期以来一直为公司的经营管理提供优惠和便利。任何一个州有经验的商业律师事务所都可以协助外国投资者在特拉华州设立公司。

在美国，公司法将非上市公司和上市公司区分开来。非上市公司公司的股东人数相对较少，他们的股票也不在公共股票交易所挂牌交易。（有限责任公司是非上市公司，他们的股票或股份不可以公开交易。它们在这方面类似于德国的 GmhH 和法国的 S.A.R.L.。）从定义上说，上市公司是指其股票在公共股票交易所交易的公司。由

于外国公司通常通过全资子公司形式在美国进行直接投资，这本手册主要介绍有关非上市公司的设立和经营的法律。

和大陆法系中的 **GmbH** 和 **S.A.R.L.** 相比，美国非上市公司的公司治理结构共有三层。第一层是公司的经理主管人员，负责公司的日常经营管理。特拉华州及其他许多州都要求至少有两个经理主管人员，一个总裁或者首席行政官 (**CEO**) 总的负责管理公司的日常经营，一个会计或者首席财务官 (**CFO**) 专门负责公司的财务记录和报告。通常公司秘书 (**Secretary**) 也属于经理主管人员；在较大的公司，公司内部资深律师或法律顾问一般也会充当经理主管人员。较大的公司还会有几个副总裁负责不同的业务领域或部门。

美国公司的经理主管人员是由公司的董事会指派并对董事会负责的，而董事会就是公司治理结构中的第二层。除了在非常小的公司中股东、经理和董事会成员由相同的两到三人担任，美国公司的董事会通常是由首席行政官以及其他主要高层经理主管人员加上一到两名外部董事组成。外部董事不受公司的雇佣，但是在公司所从事的行业中有丰富的经验或者对公司有经营利益。在美国有子公司的外国公司通常会指派三个人组成董事会，其中两名成员是外国母公司的管理人员，另一名成员是它在美国的子公司的总裁。

美国公司中的“**director**”（董事）一词常常在欧盟国家的经理主管人员中引起歧义。同样，欧盟国家公司中的“**director**”（主管）一词也常常引起他们的美国同行的误解。原因是美国的非上市公司在欧盟国家的翻版（如德国的 **GmbH** 或者英国的有限公司）通常没有与公司的经理主管人员相独立的董事会。欧盟国家的非上市公司的经理主管人员通常构成欧盟所谓的“董事会”，而且他们也自称为“**director**”。所以，在欧盟法律体系下的非上市公司的有两层权力机构：董事会和股东；在美国，非上市公司有三层权力机构：经理主管人员、董事会和股东。

公司治理结构的第三层是股东。作为美国公司的所有人，股东对公司享有最终权力。公司的董事会是由股东选举产生的，公司组织和经营上的重大变更都需要股东投票。



通常美国的非上市公司都有两份基本文件。一是设立章程，这是一份较短的文件（很少有超过一到两页的），记载公司的名称、设立人、股份总额等最基本的信息。该文件要在公司设立的州的州务卿办公室登记备案，并向公众公开。二是附属章程，该文件较长，包含了关于公司治理的重要法规的概要。主要概括了股东的基本权利，包括召集选举董事会的会议的程序。附属章程记载了公司董事会和经理主管人员的职能范围( constituency)和职权，并规定了他们开展公司业务的程序。附属章程无须登记备案，也不必公诸于世。非上市公司常常还有第三份基本文件，即股东控制协议。在该协议的条款下，股东就限制他们出售公司股份的条款和条件等事项达成一致意见。

和 C 类公司一样，有限责任公司的所有者不对公司本身的行为负责。但是和 C 类公司不同，有限责任公司是为了税务目的而采取的一种过渡形式：有限责任公司的收入和支出按出资比例直接归于有限责任公司的股东（相反，C 类公司则有双层的税务结构，即先要缴纳公司所得税，在税后收入作为股息分配给股东时，股东还要缴纳个人所得税。）

有限责任公司的管理结构比 C 类公司更为灵活。和美国的非上市公司在欧洲的翻版（如德国的 GmbH 或者法国的 S.A.R.L.）相似，法律不要求有限责任公司在负责公司日常经营的经理主管层之上设立一个独立的董事会。

虽然对于外国投资者来说，有限公司的特征更为熟悉和简单，出于税收上的考虑，外国投资者更喜欢选择 C 类公司而非有限责任公司。原因主要由以下两点：首先，从所得税的角度来看，外国公司在美国设立的有限责任公司通常被视为外国公司在美国的分公司，而分公司的税收结构比 C 类公司的税收结构负担更重。第二，在美国 C 类公司所得税的税率通常低于多数欧盟大国和亚洲及拉美国家的所得税税率。所以外国投资者宁愿将他们在美国分公司获得的收入留在美国，进一步的投资开发他们的北美市场。C 类公司可以将其收入保留在美国从而只要缴纳美国的所得税，而作为外国公司分公司的有限责任公司则要向外国公司的母国缴纳较高额的所得税。

### 3.3 通过设立新企业的方式进行直接投资

已经通过独立的销售代表在美国成功地销售他们产品和服务的外国公司，通常会创立在美国的销售子公司，并且将原来的销售代表雇佣为新的子公司的员工。当他们的关系发展到这个阶段，销售代表对于外国公司及其产品和服务已经较为熟悉，而且已经显示他能够为外国公司拓展美国市场。销售代表还会推荐美国律师和会计师协助子公司的设立和经营，包括美国的记账制度以及关于员工收入所得税的要求和手续。

#### 3.3.1 劳动雇佣法

一旦外国公司直接雇佣或通过在美国的子公司雇佣了美国员工，它就要考虑一系列的州和联邦劳动雇佣法。外国投资者会发现，美国的劳动雇佣法有的方面不如他们的本国法繁琐，有的则比他们的本国法更加繁琐。

理解美国劳动雇佣法的出发点是“自愿”雇佣原则。如果雇佣是自愿的，无论雇主还是雇员都可以不经事先通知随时结束雇佣关系。大多数美国非政府性雇主的雇员都是自愿雇佣的。

然而，雇主可以自觉或不自觉地遵从自愿雇佣以外的其他雇佣关系。雇佣关系可以通过与代表雇员的某些工会组织的集体谈判协议改变，也可以通过与某个雇员单独签订的劳动雇佣合同改变，还可以通过员工手册或雇工政策加以改变。这些协议、手册和政策可以改变自愿雇佣的关系，例如，允许有理由解雇，要求解雇前事先通知，或者规定雇主在结束劳动雇佣关系时支付离职金。

一项雇佣关系是否属于自愿雇佣只决定雇员的约定权利。在雇员的约定权利以外还有其它许多完全独立于双方约定的法定权利。联邦法规禁止在录用、升职、解雇、薪酬和其他关于雇佣的决策中基于特定理由而进行歧视待遇。这方面的例子包括禁止基于种族、肤色、宗教、性别和民族出生的歧视的《民权法案》的第 7 篇 (Title VII)，禁止年龄歧视的《劳动雇佣年龄歧视法案》(Age Discrimination in Employment Act)，以及禁止歧视残疾人和要求雇主为残疾人求职者及残疾人雇员提供便利设施的《美国残疾人法案》(Americans with Disability Act)。美国的许多州和市政当局也有地方法规禁止基于联

邦法规定的原因之外的歧视，包括基于性取向或婚姻状况的歧视。反对歧视的法律也禁止出于同样理由的骚扰，例如性骚扰或种族骚扰。

如果求职者或雇员认为他或她的雇主违反了反对歧视的法律，他可以向行政部门申诉或向法院提起诉讼。如果雇员申诉，他或她可以就已损失或将会损失的收入得到赔偿，还可以就所受的物质损害、精神损害、惩罚性损害、其他惩罚以及律师费获得赔偿。

劳动雇佣关系中其他有显著的法定规则加以调整的领域是休假。联邦《家庭与医疗休假法案》(Family and Medical Leave Act) 要求雇主基于以下原因应向符合条件的雇员在 12 个月内提供至多 12 周的无薪休假，这些原因包括生育，收养或抚养，以及雇员本人或其父母、子女和配偶患严重疾病。在休假期间和休假结束后，必须给予有效的医疗保险，在大多数情况下，休假结束后员工应该恢复休假前的职位。有几个州的法规还规定了与联邦《家庭与医疗休假法案》的要求有所不同的休假要求。该些法规所适用的雇主必须小心翼翼地满足联邦法、州法以及公司休假政策的规定。

在美国雇佣员工还要符合许多其它的法律要求，由于篇幅限制在此无法一一阐述。例如，雇主如果雇佣有工会代表的雇员，将面临更多的要求。

在有些情形下，如果雇主全部或部分地关闭了某一个经营场所，或者终止了与某一批雇员的雇佣关系，根据《劳工调整及再培训通告法案》(Worker Adjustment and Retaining Notification Act)，该雇主应该事先通知这些将受到影响的雇员以及州政府和当地政府的有关部门。当关闭营业场所或者成批解雇员工是由于收购另外一个公司或其营业场所而导致的，收购者应当履行《劳工调整及再培训通告法案》所规定的义务，收购者还应当考虑与被收购者的谈判以及收购后的规划是否符合该法案的要求。

### 3.3.2 员工福利

在美国，医疗、人寿、残疾和退休福利通常都来源于雇主。虽然个人也可以购买个人医疗和人寿保险或其他福利项目，但是由雇主购买福利项目通常较为便宜（出于集体风险共担的原因），而且税收也较少。同样的，虽然个人也可以向个人退休金账户存

钱，但是雇员根据雇主退休金计划可以支付的数额远远高于根据个人计划可以支付的数额，而且雇主也可以为雇员支付。美国税法为了鼓励雇主提供的退休金计划和项目，为雇员提供了相当可观的免税或延迟纳税的优惠。

雇主可以购买许多种类的福利计划和集体福利项目，并由此限制自己相应的责任和风险。例如，雇主可以购买由承保人承担索赔风险、雇主支付保险金的集体医疗保险或集体人寿保险。大多数金融机构提供成套的退休金计划及其管理，这可以将雇主的义务限制在支付保险金的日常责任中。然而，对每一个雇主来说很重要的一点是要牢记，即使是配套保险依然是由雇主发起的福利计划，所以根据 1974 年的《雇员退休收入保障法案》(Employee Retirement Income Security Act)，雇主仍然要承担一定的义务。

在美国，雇员可以享受的一系列福利通常包括：

- “401(K)”计划：该计划以《国内税收法案》中授权设立该计划的章节标题命名。这是一个储蓄计划，由雇员从他们的联邦所得税和大部分州所得税的税前收入中提取款项用于支付。对于雇员来说这是一个可以享受税收优惠的储蓄计划，雇主通常也根据他制定的计划同步地支付部分储蓄额，例如，以雇员工资的 6% 为上限，雇员每支付 1 美元雇主就支付 50 美分。另外还有“利益共享”计划，或者在原有的计划如“401(K)”计划内再加上“利益共享”计划。如今，“利益共享”计划有点像是个误称，因为很少有雇主以利益共享为条件支付储蓄额。还有一种更少见（尤其是在小雇主中）的计划，称为“固定利益”计划，这是一种在保险精算的基础上完全由雇主支付保费的计划，根据这种计划雇员在退休的时候可以得到类似于养老金的福利。
- 医疗保险：员工及其家属通常可以享受医疗保险。对于较小的雇主来说，医疗保险从与保险公司的保险合同中获得，而较大的雇主则自筹福利资金。雇员通常也需要分担一部分保费。在美国，除了一些高级别的医疗福利计划外，各个州一般不提供医疗保险。
- 牙医保险：牙医保险通常是涵盖常规牙科医疗的中等额度的保险。



- **人寿保险：**人寿保险通常是工资的数倍；有雇主提供的 5 万美元以下的集体人寿保险可以免税，而超过 5 万美元的部分则要纳税。补充性的保险完全由雇员支付。
- **残疾保险：**员工由于与工作无关的原因而致残时，可以享受短期和/或长期的残疾保险。而由各州负责管理的工伤赔偿则涵盖了与工作有关的人身伤害和疾病。
- “**自选**”计划：该计划以顾客可以随意挑选食物的美国自选餐馆而得名，根据自选计划，员工可以随意选择非应税福利和应税福利，可以税前支付保费。自助餐计划允许员工在税前支付他们那一份医疗保险费，并且还可能包含员工医疗和/或家属医疗费用补偿，即在税前支付一定金额的保费以支付子女医疗费用或者支付保险不包括的医疗费用。

雇员可以享受的其他福利还可能包括：眼科保险、牙医保险、交通费、教育资助、法律费用保险、雇员资助、主管人员额外（或补充）退休金或者其他类似于退休金的独创的保险种类，但是这些福利一般在小雇主那里很难享受到。

### 3.3.3 房地产事务

外国投资者的美国新员工们还应该寻找一家房地产代理人，这对于找到合适的办公和仓储场所是至关重要的。这些场所通常都是租赁的；房地产代理人应该就房东提供的租赁协议中所包含的常用条款和条件提出建议。

租赁协议应该还要由外国公司的美国律师审查。有经验的美国房地产律师可以帮助投资者发现并解决大量的法律问题。

在美国，大多数商业租赁都以 5 年到 10 年为期限，并赋予承租人一次或多次续租的权利（例如，10 年期的租赁可能包括续租 5 或 10 年的选择）。应该十分注意该项租赁中租金的计算方式。大多数由多个承租人租赁同一个建筑物的商业租赁都采取“网状”或者“三重网状”的租赁形式。在这种租赁中，承租人根据每平方英尺租赁面积支付固定的租金，另外还要向出租人适当地支付一部分房地产税和保险费，大楼和公用场所（如

景观、过道、停车场等)的维护和运作费用。另外一种常用的租赁是“统租”，也就是承租人向出租人支付的租金已经包括所有的房地产税、财产保险以及运作费用。

除租金以外，承租人还要投入另外一大笔资金装修他们所租赁的场所，从而为公司计划中的使用做好准备。在有些情况下，租赁的楼层原本就已经适合公司的需要。这样，承租人要花费的装修费用只是新的墙面、地面的费用，可能还有新的计算机电缆、电话以及其他设备。另一方面，如果想要在新的建筑物中租赁办公场所，承租人就必须详细地计算出租人为经营场所提供的装备和需要承租人自己补充的装备。有些出租人为每平方英尺的租赁面积提供一定数量的折让，从而支付承租人用以装修的费用；还有些出租人可能会分摊承租人的装修费用，并将分摊的金额包括在租金中。给予承租人的装修折让主要是由市场力量和房地产市场的入住率决定的。无论如何，为了避免不愉快或意想不到的支出和延迟开业，承租人必须就楼层布局以及承租人装修费用的分摊问题进行谨慎的谈判。

租赁合同通常会对财产的允许用途进行限制，所以必须仔细审查允许用途条款，确保公司提议或计划的用途在该租赁合同下是允许的。出租人还要考虑地方性的区域规划，尤其是当公司对租赁场所的计划用途和周围的企业都不一样时，要确保公司的计划用途是法律所允许的。

美国大多数商业租赁都禁止不经出租人事先同意的转租。如果外国投资者可以预见在租赁期间他们的公司结构会发生变化，或者在租期届满之前公司会被收购或合并，那么一开始订立租赁合同的时候便可以就转租条款进行协商，使承租人在转租方面享有的灵活性比根据出租人提供的格式租赁合同所允许的灵活性更多一些。转租条款还应该结合用途条款一起阅读，以确保重组后的公司或者合并产生的新公司对租赁场所的使用也符合租赁合同所允许的用途。

房屋租赁通常从属于出租人在房屋上设定的财产抵押。通过要求出租人将其租赁合同从属于财产抵押，抵押人可以控制保险办理和损坏赔偿等事务。如果需要，大多数抵押人为了获得承租人对抵押的明示接受，会同意在出租人丧失对被抵押的房产或工程的赎取权后不中断承租人对其营业场所的租赁。



如果租赁合同的承租方是新设立的企业，或者是只有很少甚至没有资产和财务记录的外国投资者子公司，出租人很可能会要求承租人出具信用担保。这种额外的担保可能采取的形式包括高额保证金、信用证或者由外国母公司出具的付款或履约担保。信用担保的形式和条款也应该经过律师的审查，以减少美国子公司在租期内遇到资金困难时需要由外国母公司出面的情况。

### 3.3.4 建设工程合同

当外国公司的产品和服务在美国拥有越来越大的市场时，外国公司通常要扩大其在美国子公司的营业场所，可能还包括生产场所。当外国公司到达这样的市场渗透程度时，拥有房地产通常比租赁更为经济，所以外国公司可能根据其特定需要建造新的营业场所。

当外国公司建造其在美国新的营业场所时，会遇到一个复杂的、盘根错节的合同网。这个合同网包括建筑设计合同、建设工程合同以及大量的分合同和订单。这些合同根据其特定项目有各种格式及其变形体。

订立合同的形式对新的建设工程所牵涉的合同有很大的影响。工程的业主或开发商通常对于使用何种形式的合同有最终决定权，但是这种选择也常常受到土地出租方或投资者的要求的影响，而且如果业主或开发商想要聘用的建筑师或承包方只愿意使用某一种特定的合同的话，也会影响到合同形式的最终选择。最常用的合同订立方法是传统的设计——招标—建设方法，建设管理方法以及设计—建设方法。

在传统的设计—招标—建造方法中，业主会签订两个建设工程主合同。第一，由业主和专业设计师签订一个设计合同。当设计完成并且准备好详细的建设文件后，业主会选择一个承包方来建设该项工程。承包方负责整个建设工程并且签订他认为合适的各种分合同和订单。

在建设管理方法中，被称为建设管理人 (CM) 的一方为业主提供服务。业主除了和设计师签订合同外，还和独立的建设管理人签订另外的合同。建设管理人在设计阶段提供建设前期服务，在建设工程开始以后提供建设服务。建设管理人只是业主的代理人，

设计合同和建设工程合同都是直接在业主、建筑师、总承包人、以及负责各阶段工作的专项承包人之间签订。

在设计—建设方法中，业主只和设计—建设人订立一个合同，设计—建设人既负责工程的设计也负责随后的工程建设。而设计—建设人为了完成其工作则会达成许多不同的合同关系。

设计—建设方法的主要好处是业主只要和一个机构打交道即可。如果产生问题，无论是设计上的错误还是建筑上的瑕疵，设计—建设人都要负责。该方法还可以明显地节省时间，这可能是因为设计—建设人完全可以在设计完成之前就开始工程的建设工作。

建设工程合同和其他合同适用同样的法律规则，但是建设工程合同必须调整建筑行业特有的责任、风险、以及程序问题。建筑行业的合同要确定合同各方的义务，将工程建设过程中可能产生的风险归于合同的各方，并设定需要遵守的程序。

无论是总承包合同、主合同还是分合同，建设工程合同都有很多种不同的定价方式。主要的定价方式有固定价格、单位价格、成本加价、最高额担保价格以及依建设所花的时间和材料确定价格。

设计合同下，报酬的确定通常和建设工程合同的定价方式有所不同。虽然两者的概念有些相似，但这两种合同的定价方式是不一样的，而且它们的术语体系也不相同。在设计合同中，最常见的定价方式有建设费用之百分比、人员开支的数倍、计时价格以及固定价格。

承包人或设计人拖延合同的履行可能给业主造成巨大的损害。同样，业主不及时提供建筑师、设计师或承包人要求了解的信息，也会给他们造成很大的经济损失。在这样的情况下，明确地确定开工日期和完工日期并规定该日期前必须完成的确切工作的条款，是使合同各方分担风险的重要条款。如果工程的延期是由业主造成，或由设计师和承包人无法控制的其他人员所导致的话，设计合同和建设工程合同通常给予设计师和承包人一定的延期。如果没有延期免责条款，设计师和承包人可能得到额外的赔偿金，



如果延误时间过长的话，合同条款可能授权承包人或设计师可以将此建设工程视为已经取消。

建设工程合同的当事人需要预见各种风险，如人员伤亡、财产损害、工程瑕疵以及要求返工，以及一些更难预料和更加隐蔽的情况，如无法出入工地、设计文件中的错误，还有一些非人为的因素，诸如极端恶劣的天气、无法按时支付、政府干涉、纠纷、求偿、污染、危险材料、法律变更及工程终止等。在美国建造新的办公场所、工厂或仓库的过程中会产生许多重要的法律问题，这都需要由有经验的建筑律师事先帮助解决。

### 3.3.5 环境法规

在美国，经营活动的几乎每一个阶段，包括租赁、合并、建设经营场所以及产品生产和销售，都受到联邦和州政府制定的环境法规的制约或影响，这些环境法规是复杂且互相重合的，有时甚至是前后不一致的。违反环境法规可能招致非常严重的罚金或刑罚。

联邦政府通过的法规涉及空气和水资源的保护，清除有害化学物质的排放以及向社区公布有害行为等。联邦行政机关发布了详细的专门规章来实施这些法定的环境保护要求。美国环保局通过它在各地的地方机构实施这些法规项目。州政府也有它们自己的环保项目，这些项目可能和联邦政府的项目有显著的区别，但其严格程度决不亚于联邦政府的项目。另外，地方政府和市政当局也有权为了环保的目的而管理地方上的土地使用。

在过去的几十年里，许多经营活动受到清理工业污染的责任风险的影响。例如，联邦和州的“Superfund”法给排放有害物质污染的房地产的业主施加了许多义务，即使业主本人并没将有害物质排放到环境中去，也要承担该些义务。如果购买者在房地产买卖的过程中对所有者和房地产经营的记录进行了充分的调查，就可以免除环境责任。因此，在每一笔美国工商业房地产及其配套设施的买卖和融资中，都要尽到环保方面的适当勤勉义务。



制造及其他工业活动通常都要得到大气排污许可或水体排污许可。这些许可要求当事人将大量资金投入到污染控制技术中，同时限制对环境有不良影响的公司扩张的能力或者经营场所的规模。有害废弃物的处理由“从坟墓到摇篮”的一整套法律框架来控制，从有害物资的产生到运输再到处理，都受该法律的管辖。储存和使用有害化学物质的公司对其员工和周围社区负有许多义务，包括公布有害物质存在的事实并且在紧急情况下采取排放措施。

由于环保方面存在大量的法律要求，而且违反这些要求将导致严重的惩罚，许多公司常规性地审核自身是否符合环境法规的要求。联邦和州环保局对开展自我审核和主动公布环保违规行为的公司给予奖励。

环保方面的责任通常在拥有房地产而非租赁的情况下产生。但是承租人使用的营业场所在租赁之前就已经被污染的话，承租人可能会负次要的责任。所以，要仔细审核影响租赁物的法律问题，就要考虑环保法这一美国法的重要领域。

### 3.4 通过收购的方式进行直接投资

#### 3.4.1 文件准备和审核评估

外国公司在美国进行直接投资的常用方式是收购一家已有的美国企业。有时外国公司或者被收购的美国目标公司会雇佣一位经纪人，外国公司可能通过经纪人的介绍结识一家美国目标公司。当通过经纪人来进行相互沟通时，双方当事人都应该清楚地了解该经纪人是为哪一方工作的，以及谁将负责支付经纪人的“发现费”。

然而，更常见的情况是外国公司通过商会或者行业圈子结识目标公司的所有人或主管人员。事实上，目标公司很可能是外国公司在美国的分销商或者竞争对手，而该目标公司的所有人又决定出售他的公司。

在任何一种情况下，收购的第一个正式步骤通常是发出一份意向书概括收购的基本条件，包括收购的方法（资产收购或股权收购），收购的大致价格以及收购时间。意向书有时被称为“谅解备忘录”，在英国它也被称为“前期协议”。

无论双方当事人如何称呼其收购前最初的协议，他们往往没有能给予该协议应有的法律上的重视。意向书可能包含（通常也的确包含）合同的各种因素，有时意向书陈述了当事人可能并不希望产生法律约束力的条款和条约；这有时会像收购过程的谈判一样导致严重的问题。在和美国目标公司就拟收购事宜的进行讨论的过程中，外国公司的代表应当抵制住诱惑，切勿在长长的饭局后、匆匆地追回家的夜班飞机前在“某个信封的背面”上签名。无论如何，外国公司的代表应当对拟收购事项作出笔记并且和他们的美国同行一起审阅这个笔记；但是在签署或会签一份在美国进行收购的意向书之前，外国公司应当向他们的美国律师进行咨询。

收购过程中接下来的一个步骤是由外国公司请他们的美国律师准备收购协议的第一稿。（在例外情况下，被出售的公司会开具出基本上不能进行谈判的出售条款和条件，并雇佣一名经纪人将公司拍卖给接受这些条款和条件的买主，在这种情况下，协议将由被出售的公司的律师准备。）协议有时会规定收购必须在一定期限内完成（如 30 日），在这段时间内收购者可以察看被收购者的公司记录、营业场所以及核心人员，从而开展其收购前的审核评估。

在美国，审核评估过程比大多数其他国家的审核评估过程都要周详和费时，原因是在美国商事诉讼的发生率比在其他国家高得多，而审核评估的过程就是减少并尽可能消除收购后发生诉讼的风险。完整地审查目标公司的记录、营业场所和人员可以使收购者更好地事先发现目标公司潜在的问题，这些问题如果不是收购前事先发现的话，可能导致收购后和第三方发生诉讼，或者导致向被收购者进行昂贵费时的求偿。出于这种考虑，被收购者对收购者进行的全面的审核调查也很感兴趣，因为被收购者同样也希望避免收购者、原生意伙伴或政府机构在收购后向他求偿。

外国投资者的律师会和他们一起审阅一份通常有数页长的审核评估清单。他们会将该审核清单提供给被收购者及其律师，以获得他们的协助来收集收购者希望审阅或希望与被收购者讨论的文件或其他事项。审核清单将列出包含以下内容及其他事项的审核项目：



- 目标公司的公司记录，包括设立章程、附属章程、股东大会纪录以及董事会记录（过去的会议记录有时会揭示出隐藏的责任，例如目标公司与前任主管人员或与原来的所有人之间的非正式“咨询”协议。）
- 目标公司和客户、供货方以及银行之间的主要合同。（目标公司与银行之间的贷款协议可能要求目标公司的出售必须通过银行的同意。）
- 目标公司的劳动雇佣合同、员工福利计划以及雇佣政策手册。（雇主有时会气恼地发现，以目标公司的备忘录或手册的形式确定的政策或做法，如果对员工有利的话，可能被解释为他们的劳动雇佣合同的一部分。）
- 目标公司的主管人员及其资料，包括政府许可证或者其他适用于公司的法规要求。（例如，适用州特许经营法的公司有时缺乏知识或资源，无法遵守所有他们的业务需要许可证的州的法律；外国公司还常常在收购后发现被收购的公司隐含着可能违反美国联邦安全生产法或年龄歧视法的问题。）
- 由于民事诉讼在美国非常普遍，所以一项全面的审核评估不仅应该查清目标公司所牵涉的正在进行的诉讼，而且还要查清任何待审或可能遇到的诉讼。
- 外国公司还将协同其会计人员一起审阅目标公司的财务记录和税务申报。有时可以通过审核税务申报而发现目标公司与州和联邦税务机关可能发生的诉讼，在这样的情况下律师应该充分地参与税务申报的审核过程。
- 可能遇到的环保法规方面的问题，其重要性在前文中已有概括。

以上只是在收购的审核评估过程中需要仔细审查的事项的一部分。审核评估的目的是外国投资者在决定是否收购目标公司前，帮助他们弄清所想要了解的主要问题。然而，如果在审核评估的过程中没有发现的重要问题在收购完成后凸显出来，收购协议应该授权外国投资者就原先不知道的原因导致的收购方的损失向被收购方求偿。

### 3.4.2 收购方式

和其他国家的收购一样，在美国，收购的各方当事人必须就外国投资者将对目标公司进行股权收购还是资产收购达成协议。

美国非上市公司的所有人通常喜欢出售他们在公司的股权而不是资产。如果出售公司资产，公司首先必须就出售资产所获得利润缴纳联邦和州所得税；然后，如果被出售的公司进行清算的话，公司的股东还要就他们的资本利得纳税，纳税额根据清算所得与股权税基之间的差额计算。另一方面，如果目标公司的所有人将他们的股权出售给外国投资者，那么他们只需纳税一次，而且纳税额是根据优惠的资本利得税率来计算的。

然而，收购者一般则喜欢收购目标公司的资产而非股权。主要原因有两个，一是在资产收购中，外国投资者可以依据新的价格计算被收购的资产：在收购公司的账册上，被收购的资产是依据其收购时的新价格记录的，而不是依据其在被收购公司账册上的折旧价格而记录的。收购时较高的新价格使得收购者在将来的收益中可以有较高额的折旧费。（股权收购如果满足一定的法律和法规的要求，也可以采取这种入账方法。但是，随之可能产生其他一些税务上不利影响。）

原因之一是在资产收购而非股权收购中，收购者通常能够避免在股权收购中可能负有的责任。但这只是一般规则。有些情形下，美国法院会适用企业延续理论，允许就被收购方原先在企业经营中产生的问题向资产收购方求偿（例如：产品责任求偿）。

无论当事人最后同意股权收购还是资产收购，他们的决定都当然地体现在收购价格中。在任何一种情况下，股权或者资产通常都是由外国公司为收购而设立的美国子公司购买。

无论是资产收购还是股权收购，收购协议都会要求被收购者就目标公司及其资产状况作出陈述和担保。典型的收购协议都在赔偿条款中规定，如果证明被收购方违反了适当陈述和担保义务的话，收购者有权获得被收购方的赔偿。但是，被收购方通常会坚持设定赔偿的最高额限制（通常被收购方能够获得这样的限制），而且被收购方也会在收购协议的赔偿条款中规定收购方向被收购方求偿的时间限制。

外国投资者出于业务延续性的目的，常常会请目标公司的销售主管人员在收购后依然留在原来的职位上。这样的安排对外国投资者很有吸引力，因为它使外国投资者可以有时间适应被收购公司的人员和运作，并且有时间去寻找可以长期代替原销售主管的合适人选。但它通常也迫使外国投资者更早而不是更晚地找到合适的代替者，因为收购后外国投资者和原销售主管的关系常常发生问题。原销售主管习惯了由他们自己来做出商业决策，而被收购后要则向新的外国所有人报告，这一点常常会惹恼他们。这种新关系带来的摩擦有时可能使外国收购者在美国的新投资蒙受很大的经济损失。约定收购后原销售主管继续为公司工作的合同可以事先就这些问题及其他有关管理人员雇佣的法律问题做出安排。

通过收购方式在美国进行直接投资的外国投资者会遇到的一个更加复杂的美国法领域，即不断变化的美国员工福利法。每当作为雇主的外国投资者的“足迹”在美国伸展，无论是通过另外雇佣的方式还是收购的方式，他们都应该仔细考虑员工福利问题。对某些类型的员工福利，如“401 (K) 计划”、“自选计划”以及其他福利计划，美国税法有严格的“覆盖率”要求，要求受雇于同一雇主的相当比例的员工参与这种福利计划。这些法规适用于同一雇主控制下的员工集体，即所有相关的员工都被视为属于一个公司。所以，长期来看，被收购公司维持单独福利计划在这些法规下是行不通的。虽然税法给予公司一个相当长的过渡期来决定如何处理这么多的福利计划，公司应当事先对不同的福利计划进行考虑。此外，当雇主扩大规模以后，会有更多的节省成本的福利计划可供选择。例如，一旦雇主达到一定的规模，原先的向保险公司投保的福利计划就可以用大雇主自筹资金的福利计划代替。而且，因为有了更大的分担风险的雇员集体，雇主就可以节省员工福利成本。

最后，依据收购规模的大小（依据收购价格、被收购的资产价值以及收购后接管的员工数量而确定），外国公司还要考虑在这本手册曾经提到的其它法律问题。例如大规模的收购应当满足反垄断法案和《劳工调整及再培训通告法案》下的报告和通知要求。

在美国，收购协议通常是由收购发生的州的合同法进行调整。销售主管人员收购后雇佣合同也是由该州法律管辖。出于第 V 部分将要解释的一些原因，因收购协议产生的纠纷通常由联邦法院管辖；而因收购后雇佣合同产生的纠纷一般由州法院管辖。

### 3.5 美国移民法

无论是外国个人投资者赴美亲自管理业务，还是指派重要雇员赴美，事先计划好取得合适的美国暂时移民或永久移民身份都很重要。美国移民法是由美国移民局负责执行，移民局在美国各地都有办事机构。移民局审查外国公民提出的美国暂时移民和永久移民身份的申请。外国公民赴美进行商务活动经常使用的非移民签证有以下类型：

- **B-1 短期商务考察签证：** B-1 签证允许外国公民为外国雇主在美从事合法的商务活动。商务活动通常包括签订合同、商谈业务、谈判合同以及出席董事会会议。此外，计划在美国投资或设立企业的外国公民也可以持 B-1 签证赴美投资或设立企业。持 B-1 签证赴美的人员不得在美就业，在美期间的费用必须由外国企业或机构支付，他还必须在外国拥有永久居住权，且没有放弃该永久居住权的倾向。
- **L-1 公司内部人员调动签证：** L-1 签证签发给外国公司派往美国关联公司工作的人员，申请人须在美国担任经理级职务或具有专门知识，且在申请签证之前的三年中，至少在该美国企业符合条件的国外关联企业连续担任经理职务一年。跨国公司经常使用 L-1 签证派遣其重要雇员赴美任职。
- **H-1B 专业人员签证：** H-1B 签证签发给从事“专门岗位”的专业工作的外国公民。“专门岗位”的最低要求是从事该岗位工作的人员必须拥有学士以上学位或同等学位。外国公民必须在专门领域拥有学士学位（或其他同等学位）才有资格申请 H-1B 签证。H-1B 签证可以签发给各种不同的专业岗位。除了要符合美国移民局的要求以外，雇员还必须提供一些关于工资和工作条件的证明，这样才能在申请 H-1B 签证前从美国劳动部得到一份经过证明的劳动条件申请。
- **E 条约贸易商/投资者签证：** E-1 和 E-2 条约签证允许外国公民赴美视察哪些与美国进行贸易的特定国家的企业，或者在该企业工作（E-1 贸易商签证），或者允许外国公民赴美进行高额投资（E-2 投资者签证）。投资者本人、投资者所雇佣的经理级管理人员或有重要专门技能的人员可以获得这些类型的签证。获得 E-1 或 E-2 签证的三个基本条件是：(1) 该国必须与美国签订贸易或双边投资条约；(2) 该企业的



所有者或投资者大部分是该条约缔约国的公民；(3) 申请 E-1 或 E-2 签证的外国公民与企业必须属于同一个缔约国。

除例外情况外，申请美国永久居住权（“绿卡”）的外国公民必须经历三个不同的阶段：劳工证，移民签证，改变身份。

申请劳工证的手续要求雇主先在美国当地劳动市场上就外国公民将要工作的岗位开展招聘。如果无法找到合适的美国公民能够、愿意并且胜任该岗位，雇主就可以成功地为外国雇员申请到劳工证。此时，雇主可以进而申请外国工人移民签证。

得到劳工证后，可以申请以下任何一种移民签证：

- 优先人才：这些人员是：(1) 在其所从事的艺术、科学、教育、商业或体育领域中有“卓越才能”的顶尖人才；(2) 国际公认的“杰出研究者”(3) 公司经理主管级人员的内部调动。所有这三种类型的优先人才都不需要申请劳工证。
- 有“优异才能”的人员/有高级学位的专业人士：这类人员要申请劳工证，除非他们能够证明他们在美国的工作是为了美国的“国家利益”。
- 专业人士 / 技术工人 / 其他工人：这类人员总是要申请劳工证，这类工作包括要求四年制学历的工作、要求至少两年培训和工作经验的工作以及属于半技术劳动或非技术劳动的工作。
- 投资者：申请这类移民签证外国投资者必须在美投资 100 万美元或证明其新企业将雇佣 10 个以上美国工人。在特定地区投资的小额投资者 (如 50 万美元) 也可以申请此类签证。许多申请此类签证的外国投资者感到美国移民局的申请手续十分繁琐，他们通常也可以申请其他种类的签证。外国投资者及其家属最初获得的是“附条件”的永久居住权，两年后如果能证明新设的企业将继续营业或将继续投入资本，原先的“条件”可以去除。投资者无须申请劳工证。



最后，申请“绿卡”的外国公民必须出具关于医疗史、原有移民身份的证明，如有犯罪记录也须出具证明。根据这些材料，美国移民局决定是否有合法理由拒绝申请人以永久居民身份在美居住（改变身份）。

美国移民法非常复杂。2001年9月11日纽约和华盛顿发生恐怖袭击事件后，移民局的手续变得更加严格。但是，如果能事先计划好并且有经验丰富的移民律师协助，外国投资者及其重要的人员通常能够成功地获得必要的移民签证来完成其在美国的工作。

### 3.6 北美自由贸易协定

《北美自由贸易协定》（NAFTA）是美国、加拿大和墨西哥于1993年签订的。协定的目的是减少并最终消除缔约国之间的关税和非关税贸易壁垒。在美国有直接的营业机构的外国公司可以把美国作为进入加拿大和墨西哥市场的基地，从而得益于《北美自由贸易协定》。

《北美自由贸易协定》调整的最重要的国际贸易领域包括货物、服务（包括金融服务）和知识产权的跨境交易。协定的许多重要条款也为跨境旅游和商务人员流动提供了便利。同时协定还提供纠纷解决机制，解决因缔约国适用（或不适用）协定而引发的纠纷。

《北美自由贸易协定》逐步取消从一个缔约国进口到另一个缔约国时对货物征收的进口关税。对于许多货物的关税立即取消；而对其他货物，则要经历5到15年的过渡期，这样国内的薄弱产业就可以有较长的保护期。（《北美自由贸易协定》一经签订，墨西哥立即取消了从美国进口的半数工业产品的关税。）

货物必须满足《北美自由贸易协定》原产国规定才能获得关税优惠。一般来说，出口货物的价格或总成本中不能有超过7%的成分来自于北美自由贸易协定的非缔约国。所以，如果将德国生产商将其生产的汽车运往在美国的销售分支机构，然后再出售给墨西哥买主的话，该汽车不能享受北美自由贸易协定的税收优惠。（事实上，汽车是个例外：汽车价值的40%可以来自于一个协定的非缔约国。）另一方面，如果从美国出口给加拿大或墨西哥的某一产品完全由外国原材料生产，但是该外国原材料在生产过程中



经过了转化，而这种转化导致原材料所属的关税类别发生变化的话，该产品可以被视为是美国制造的。

《北美自由贸易协定》还禁止缔约国的政府机构在采购过程中偏向他们的本国生产商而歧视其他缔约国的生产商。同样的不歧视原则也适用于诸如政府建设工程投标等跨境提供服务的项目。

《北美自由贸易协定》旨在通过跨境提供一系列广泛的服务来取消非关税贸易壁垒，这些服务包括会计、广告、建筑、广播、建设、电信、工程、出版及医疗等。协定还试图向跨境提供运输服务开放更多的机会，包括卡车运输和汽车运输。但是，出于设备安全和人员安全问题的考虑，运输服务业的开放还比较缓慢。另一方面，协定在电信行业取得了很大的进展，包括手提电话、数据传送、地面卫星接收站、电子邮件以及寻呼系统。

如今《北美自由贸易协定》缔约国的金融机构也可以在其他缔约国开设办事处并提供服务。非缔约国的金融机构现在也可以在美国开业，所以他们也就有资格从美国向协定的其他缔约国提供服务。外国银行、保险和证券机构也可以从《北美自由贸易协定》获益。

《北美自由贸易协定》还注重依最高国际标准给予知识产权平等的保护。由于协定的缘故，墨西哥加强了知识产权立法，对于最广泛的知识产权种类给予承认和保护，包括商业秘密、半导体芯片、地理标识以及软件。加入《北美自由贸易协定》无疑是 20 世纪 90 年代墨西哥经济飞速发展的原因之一。

### 3.7 税收

美国根据营业地和收入来源征收所得税。所以，如果外国公司在美国设立子公司，该美国子公司获得的收入要缴纳美国的所得税，因为它的营业地在美国。但是，从所得税的角度来说，外国母公司本身不会被视为营业地在美国，除非它来源于美国的收入和美国有着“有效的联系”（而不是他在美国的子公司来源于美国的收入和美国有着“有效的联系”）。如果外国公司在美国开展的营业是“可观的、持续的和长期的”，那么它的美国

收入就和美国有着“有效的联系”。在美国有办事处或其他营业场所的外国公司由于在美国有营业地，所以它的收入和美国有着“有效的联系”。

即使外国纳税人在美国没有营业地，该外国公司（或个人）还是有可能要在美国缴纳得税。如果外国纳税人有来源于美国的“固定或确定的年收入或阶段性收入”，美国就会对该项来源于美国的收入征税。“固定或确定的年收入或阶段性收入”包括来源于美国的股息、租金、许可使用费和利息收入。该项税收的征收方式是，要求该“固定或确定的年收入或阶段性收入”的支付者提取一定的金额作为税款。（如果外国人出售他们在美国的房地产获利，美国会对该项出售的获利征收所得税，并且要求买方根据《外国投资者不动产税收法案》(Foreign Investors Real Property Tax Act)，在买卖过程中提取 10% 的税收。

这本手册主要是向外国企业的主管人员提供一个指南，而不是针对被动投资者，所以本节只讨论如何才构成在美国有“营业地”从而应当缴纳美国所得税。同时，基于上文对外国公司在美国的分公司的讨论中所解释的原因（见第 17 页），本节只讨论外国公司在美国的子公司的税收问题，而不讨论分公司的税收。

和世界上大多数其他国家的税收制度一样，美国对公司的收入征收税款，公司的收入是公司的总收益减去产生收益的合理必要支出（如租金、薪资、资产折旧费、广告费等等）后的剩余。美国公司按照累进税率纳税，现行的最高税率为 35%。如果公司的税后利润作为股息分配给股东，美国的股东必须就他们获得的那份股息收入再次纳税（布什政府正建议取消这种对于股息的“双重税收”）。如果外国公司的美国子公司向其在外国的母公司支付股息，该美国子公司要提取其中的 30% 作为税收。美国与外国母公司所在国之间的税收条约通常会将非资产组合投资的股息的提取税率降低到 5%，而将资产投资组合的股息税率降低到 15%。

美国子公司支付给外国母公司的贷款利息以及美国子公司使用外国母公司的技术而支付的许可使用费，都要缴纳 30% 的提取税。同样，30% 的税率通常可以通过条约来减少（利息的税率可以减少到 10%，许可使用费的税率可以减少到 5% 到 10%）。美国子公司可以就外国母公司在国外对股息、利益和使用费所缴纳的提取税获得退税。其他很

多国家都对来源于美国的股息、利润和使用费在美国已经缴纳的提取税给予退税的待遇。

除了美国子公司支付给外国母公司的利息、使用费和股息，公司内部还可能有不少的货物和服务贸易往来。美国子公司常常成为外国母公司产品的分销商；美国子公司也经常成为其外国母公司在美国进行市场营销和销售代理。同遍布世界各地的贸易伙伴国一样，美国对关联公司之间的货物和服务交易也适用“公平交易”标准。《国内税收法》第 482 节授权国税局在公司内部交易的价格没有达到公平交易标准时，重新确定外国公司在美国的子公司所报告的收入和支出。这些规定的目的当然是确保美国财政部就外国公司的美国子公司的应税利润获得相应的财政收入。

在美国的外国投资者须知，美国税法有两种惩罚措施，这些措施可以说是“粗心大意者的陷阱”。一种是个人控股公司税；另一种是累计盈利税。

如果 5 个以下的个人股东持有公司 50% 以上的所有权，而且公司 60% 以上的收入来自于“消极”收入（例如股息、利息、租金和适用费），公司将可能被视为个人控股公司，而其未分配的收入应依照普遍适用于未婚个人的最高税率（目前是 38.6%）纳税。如果美国公司（无论其有多少股东）对盈利的积累超出了公司业务规划的合理需求（而不是对业务进行追加投资或者作为股息分配给股东），这样的盈利要缴纳累计盈利税，累计盈利税通常也是根据未婚个人最高税率计算。

美国几乎每一个州都对在本州开展经营业务的公司征收公司所得税。一般来说，如果公司在该州有直接的经营活动，那么就要向该州缴纳州公司所得税。如果公司在其他州也有直接的经营活动，那么它在每个州都要纳税，纳税所依据的公式根据公司的资产价值、薪资以及在该州的销售额确定公司在某个州内的收入比例。另外，联邦税法允许公司在缴纳联邦税时扣除公司已经缴纳的州所得税。

赴美国进行商务活动的外国人无需在美国缴纳个人所得税。但是，居住在美国并为外国公司或其美国子公司工作的外国人应当在美国缴纳个人所得税（包括联邦税和州税）。美国和其他国家之间的税收条约通常规定这些人员无需在美国缴纳个人所得税，除非他们一年中在美国逗留的时间超过了 183 天。



一旦外国公司在美国设立了子公司并且雇佣了员工，就可能会收购其他美国公司的股权或资产，它自己的股权或资产也可能被其他美国公司收购。如果通过各种方式将收购公司的股权作为对价，某些方式还可能允许规定责任和支付现金，这样收购就可以免税。当收购属于应纳税收购时，如果这项收购符合专门的法律和法规的要求，那么股权收购可能被作为资产收购来处理，但是这样可能在税收上导致一些不利的后果，从而抵消其有利的一面。同样，美国子公司的外国经理主管人员在同意另一个公司提出的收购方式之前，应该向有经验的美国律师咨询。

### 3.8 新《萨班斯—奥克斯利法案》

美国企业的管理人员以及他们的顾问经常很惊讶地（有时是很高兴地）发现，外国公司的管理人员不仅习惯于就税法方面的问题咨询他们的会计师事务所，而且也包括其他的法律问题。美国企业和外国（尤其是欧洲）企业在这方面做法上的巨大差别当然可以用这样一个事实来解释：长期以来，很少有外国律师事务所提供税法方面的服务，而是将税法这一领域留给会计师事务所；外国律师所提供的商法服务的广度和深度都不如美国律师的服务。

外国企业的管理人员须知，在美国，会计师事务所是不可以从事法律业务的。而且，要符合美国公共审计要求的外国公司及其美国分支机构须知，最近通过的《萨班斯—奥克斯利法案》(New Sarbanes-Oxley Legislation) 对会计师事务所进行了新的限制。2002 年德克萨斯的安然公司及其下属的上市会计师事务所安达信的倒闭丑闻之后，美国国会修改了《证券交易法案》，目的是消除同一会计师事务所集团既供审计服务又提供诸如税务计划和法律咨询等会计服务而产生的内在的利益冲突。在接受一家会计师事务所在美国提供服务的投标之前，外国公司及其美国分支机构应当向在证券法和税法方面有经验的独立的美国律师事务所进行咨询，以了解《萨班斯—奥克斯利法案》对它可能造成的影响。

## 第 IV 部分 融资

### 4.1 公司间贷款和银行贷款

在美国进行直接投资的外国公司一般通过公司间贷款的方式满足创立新公司时的资金需求。通常，外国公司和本国的某家银行已经建立起稳定的关系，由这家银行将所需要的资金贷款给外国母公司，再由外国母公司贷款给美国子公司。如果需要大量资本的话（例如，在美国进行大型收购），上市的外国母公司可以在本国公开发行为了专门目的而募集的证券（股票或公司债券），然后再借款给外国子公司。美国和外国的税务机关都要求公司间贷款必须依“公平”的利率而进行。美国国税局不允许公司间贷款利率减少到合理的市场利率以下；而且美国的税务机关还要求外国母公司应当从公司间贷款依市场利率确定的收益中得到合理的应纳税收入。

对于外国公司的美国子公司来说，建立其自身与美国银行之间的关系有利于满足流动资金需求和其他贷款需求。美国银行通常要求在美国子公司的资产上设定“担保权益”（在美国称为“lien”，在英国称为“charge”），例如将库存物品和应收账款作为担保。在与子公司建立良好稳定的关系之前，美国银行常常要求外国母公司为其美国子公司的贷款提供担保，如果子公司还没有开始赢利的话，银行会要求外国母公司提供一份备用信用证。外国母公司的担保文件通常规定外国母公司要受美国法院的管辖（关于美国法院的判决移送外国执行的问题将在第 V 部分讨论）。

### 4.2 地方政府的优惠政策

美国各地方政府争相吸引投资者在本地设立企业或扩展业务，他们向允诺为社区提供大量的长期工作岗位的公司提供了许多鼓励政策。全美各城市无论规模大小都设立了工业发展园区，这些园区都有自己的机构和区域性条例以适应新企业的需要。地方政府还提供廉价贷款或提供创造就业岗位补贴来鼓励企业的扩展。

就生产场地来说，美国税法允许地方政府发行免税财政债券以资助新的工厂和设备。由于债券的利息免征联邦税，这些债券的利率也就相对较低，而且借给生产商的债

券收益的利率也同样低。政府债券一般只能由借款人本人偿还，但是有些地方政府也提供某些形式的信用增级（即允许第三人为借款人提供担保）。

许多州还允许地方政府向新兴产业提供财产退税。退税常常采取所谓“增额税退税办法”的形式，即用开发房地产产生的财产增值税来支付房地产开发时借贷的的政府贷款。

### 4.3 公共证券市场

外国公司的美国子公司很少通过在美国公开发行股票的形式来募集资金。但是，外国公司的美国子公司可能收购一家美国的上市公司或其的分支机构，或者被美国的上市公司或其分支机构收购；外国母公司可能希望邀请个人或机构投资者在其美国子公司中持有少数股权；外国母公司也可能在美国发行或买卖本公司的股票从而涉足美国证券市场。所以，本手册将就外国投资者在以上这些情况下会遇到的美国证券法向读者做一个简要的介绍。

和美国法的许多其它领域一样，外国投资者在证券法领域里将会遇到相互重叠的联邦法和州法。本节只集中讨论联邦层面上的证券法，因为它的重要性远远超过州证券法。

调整美国证券发行和交易的主要法律是 1993 年《证券法案》和 1934 年《证券交易法案》。证券法案主要调整公司首次公开发行证券以及随后的新股发行。而证券交易法案则调整依据证券法案公开发行证券后公司继续进行的证券交易。此外，证券交易法案还调整推动公共证券市场运行的证券承销业和证券经纪 / 交易业。证券交易法案还调整通过“要约收购”（善意收购或故意收购）的方式收购上市公司的行为。

证券法案要求，除免予登记的证券以外，所有在美国发行的证券都必须在证券交易委员会登记。证券交易委员会不能拒绝公司向公众发行证券，但是公司必须满足证券交易委员会的证券登记要求，否则不能合法地发行证券。想要公开发行证券的公司（即美国证券法所称的“发行人”）必须准备一份“登记声明书”并提交证券交易委员会，该申明书包含的内容有：发行人介绍、发行人经营情况、发行人公司记录、出资方、董事、经

理主管人员和其他核心人员（包括其薪酬情况），以及影响发行人的经营的风险因素（包括竞争状况）等。法律要求登记声明书中包含的信息必须完整、准确。而且，信息不能误导，也不能遗漏重要事实以免错误陈述。向证券交易委员会提交登记声明书的过程可能被延长，因为证券交易委员会可能就公司提交的登记申明材料进行评价，这样就要求公司补充或重新提交材料。

一旦证券交易委员会完成对登记声明书的审核，发行人就可以向公众发行或出售登记声明书所指的证券（但仅仅局限于申明书所指的证券）。发行人应当向被募集人提供“募股说明书”，募股说明书是发行人登记申明书的组成部分，它概括了发行人经营状况、管理层（简历和薪酬）信息、详细的财务信息、竞争情况以及风险等发行人信息。募股说明书的基本目的是为未来的投资者提供所有必要的信息，使得投资者可以在信息充分的基础上决定是否要购买发行人发行的证券。

经登记的证券的发行和销售通常以承销人（或承销人集团）直接从发行人处购买股票的形式进行。然后由承销人将股票以新的价格销售给证券交易商，再由证券交易商以新价格零售给买家。承销人通常会购买发行人发行的全部股票；但有时候承销人只承诺尽其最大努力承销发行人发行的股票，而发行人向承销人就实际销售出的股票支付佣金。

证券交易委员会的登记手续要求也可能免除。最常见的免登记的证券发行是“私募”。证券发行是否构成私募是由许多因素决定的，但主要是看被募集人的数量和性质。总的来说，面向数量有限的投资者或主要是针对“大户投资者”进行的证券发行可以免予登记。证券法案法规 D 将“大户投资者”定义为：(i) 任何银行、保险公司、投资公司或者员工福利计划，(ii) 任何企业发展公司，(iii) 任何拥有 500 百万美元以上资产的慈善机构或教育机构，(iv) 发行人的董事、经理主管人员或大合伙人，(v) 任何尽资产超过 100 万美元的个人，(vi) 任何年收入超过 20 万美元的个人（或者与配偶收入之和超过 30 万美元的个人），以及 (vii) 由“经验丰富的个人”掌管的资产超过 500 万美元的信托基金。外国公司可以用免予登记的私募来吸引其美国子公司的外部投资者，而无需为证券登记手续花费大量的时间和成本，更重要的是，他不会失去对子公司的控制权。



证券交易法案调整各种不同的证券交易和证券行业，包括承销人和证券经纪人／交易商行业。考虑到本手册的目的，这里只讨论证券交易法案中的两个领域。

一旦公司根据证券法案发行了证券（或者公司的总资产额超过 100 万美元且至少有 500 个以上的股东，例如因职工购股计划而导致产生大量股东），公司将要向证券交易委员会登记并提交公司定期报告，包括类似于在募股说明书中提供的企业财务状况和经营状况，但只要求就报告所覆盖的那段时期的情况提供信息。例如，证券交易法案要求上市公司提交年度报告（10-K 表）、季度报告（10-Q 表）或者发生异常事件的当月即时报告（8-K 表），这些异常事件包括重大的吸收合并、企业出售以及可能影响公司股票市价的产品收回问题。交易法案还要求上市公司的任何主管人员、董事或 10% 以上的股东销售或购买公司股票要立即向证券交易委员会报告。

证券交易法案还调整上市公司的收购投标或“收购要约”（包括善意收购和恶意收购）。虽然交易法案中没有定义，美国法院将“收购要约”一词定义为任何邀请上市公司股东购买其股票的要约。如果外国公司要约收购美国上市公司股票的 5%，外国公司需要向目标公司和证券交易委员会提交一份申明书，申明书的内容包括：(a) 收购方的背景材料，(b) 收购资金来源，(c) 收购目的，(d) 收购方目前拥有的目标公司的股份数额，(e) 任何与收购相关的合同、协议或谅解备忘录。每个被募集人（目标公司的股东）都应该得到同样的信息。如果外国公司在收购过程中除支付现金以外或在支付现金的同时还以自己的股票为对价，这些作为对价的股票也应该根据证券法案向证券交易委员会登记。证券交易法案还调整收购要约的时间和定价。

#### 4.4 美国存托凭证和挂牌交易

股票或债券上市交易的外国公司如果想要进入美国证券交易市场的话，可以通过很多种不同的方式募集资金或者在美国证交所进行它的股票交易。

外国公司可以直接在美国证券交易所挂牌交易。替代直接挂牌的另一种广受欢迎的办法是使用美国存托凭证 (American Depository Receipts)。以上两种法方都可以用来募集资金，但是如果外国公司只希望在美国交易它的证券却不需要立即募集资金的话，存托凭证是进入美国证券市场的捷径。

美国存托凭证是代表外国公司在其本国市场交易的证券的一种凭证。希望在美国销售或挂牌交易其存托凭证的外国公司通常以美国银行或信托公司为存托行。存托行通过外国公司本国市场上的经纪人购得外国公司的股票，然后向美国投资者发行代表他们在这些国外股票上利益的美国存托凭证。美国存托凭证以美元交易结算并以美元支付股息，它是一种既可以在美国证券交易所交易也可以在场外交易的可流通票据。

在美国发行存托凭证对外国公司又很多好处，他们可以得到更多与美国投资者及分析家接触的机会，可以募集额外的资金，可以为公司收购提供资金，也是美国员工投资于购股计划的一种办法。存托凭证对美国投资者也有好处，因为它们消除了直接在外国市场购买股票的许多繁琐手续，并且可以节约成本。正如下文将要讨论的，使用存托凭证代替直接在美国挂牌上市可以减少登记和公告的要求，这样对外国公司来说是一种轻松的、低成本的方式。然而，至本手册付馨之日，发行存托凭证的外国公司在公司治理方面有了许多类似于美国上市公司的新的实质性义务。

存托凭证可以通过私募的方式售出，也可以和其他美国证券一样在美国市场上交易。它们可以在纽约证券交易所或者美国证券交易所等全国性证券交易所挂牌交易，也可以在全国券商自动报价系统（纳斯达克）报价交易或者在场外交易。

存托凭证和其背后的外国证券都要受美国证券法案和证券交易法案的调整。除非在美国登记或者属于免予登记的证券，存托凭证不能在美国发行。总的来说，外国公司的登记和信息披露要求都取决于存托凭证的交易方式以及该存托凭证是否属于资本募集项目的一部分。

在美国场外市场交易存托凭证目前是增长最快的使用存托凭证的一种方式。这是因为外国证券的场外交易要满足得登记和报告要求都很有限（而且也无需根据美国普遍接受的会计准则制作财务报告）。存托凭证的场外交易允许外国公司在美国公开交易其证券而没有额外的报告要求。许多外国公司都发现场外存托凭证交易可以成为在美国募集资金或在美国证券交易所/纳斯达克直接挂牌交易的前奏。

存托凭证在证券交易委员会登记在 F-6 表上，登记由美国存托行在外国公司的协助下完成。如果外国公司希望将其股票在全国证券交易所挂牌交易，或者由纳斯达克报价

交易那么它要在证券交易委员会的 F-20 表上登记，该表格要求公司对经营业务和财务记录进行披露。外国公司每年都要填报 F-20 表。F-20 表上的财务披露通常要求外国公司根据美国普遍接受的财务准则制作财务报告。此外，希望在美国筹集资金的外国公司通常要将它们的证券登记在 F-1 表格上，综合性的登记报告要求外国公司准备一份募股说明书，并且随后的每年中都要填报 F-20 表。这些文件的范围与在美国发行的普通证券的披露要求完全一致。

除了证券交易委员会的登记和信息披露要求，外国公司为了挂牌交易存托凭证还必须符合各证券交易所以及全国性交易所的挂牌上市的标准。

## 第 V 部分 美国的商事纠纷解决制度

### 5.1 美国法院系统的总体结构

美国法院系统分为联邦和州两个独立的体系。联邦法院系统处理违反美国宪法、联邦法律的案件，也处理不同州的公民之间以及美国公民和外国公民之间的纠纷。每个州还有自己的法院审理州内产生的纠纷或者刑事案件。

联邦和州法院系统都有两类基本的法院：初审法院和上诉法院。初审法院审理首次提出的案件。除少量案件外，所有法院审理的案件都由初审法院审理。民事案件的审理有无陪审团皆可。刑事案件均要由陪审团审理。上诉法院只审理上诉案件。上诉法院不使用陪审团和证人，也不接受新的证据，而是通过审查下级法院的记录来进行判决。

联邦法院管辖权有限，它对案件具有管辖权必须满足一些要求。一般来说，案件必须涉及美国宪法、联邦法律，或者是不同州的公民之间或美国公民与外国公民之间的合同或人身伤害纠纷且损害赔偿标的超过 7.5 万美元。因为这些管辖权上的限制，美国法院的绝大多数案件（大约 95%）是由州法院处理和解决的。联邦法院处理的只占美国全部法院案件中的 5%。

美国的司法系统和民事纠纷解决机制和大多数其他国家都不一样。最显著的区别主要有以下几个方面：

- 民事诉讼的陪审员：无论是联邦法院还是州法院，都可以由陪审团审理民事诉讼，而且也很常见的。陪审员审判案件的事实，而法官的角色是中立地参与庭审过程，并就法律问题做出裁判。
- 风险代理费：美国联邦和州法院都允许律师在民事诉讼中收取风险代理费。在美国，几乎所有的人身伤害侵权诉讼都是风险代理的。律师在人身伤害诉讼中为原告代理通常收取所获赔偿金的三分之一或一半。商业侵权和合同纠纷诉讼也可能采用风险代理，但是在诉讼中有经济利益的律师必须遵守职业道德约束。



- 败诉者不付诉讼费用：根据一般规则，无论哪一方胜诉，诉讼的各方当事人必须支付诉讼产生的律师费。但是这个一般规则也有法定的例外，即在有限的情况下允许胜诉方就诉讼成本和律师费获得对方的赔偿。
- 惩罚性赔偿：在美国的民事诉讼案件中，有过分行为的被告方常常被处以惩罚性赔偿。这些案件中的惩罚性赔偿往往会远远高于支付给原告方的补偿性赔偿。
- 产品责任赔偿无最高额限制：和许多欧盟国家不同，在美国法院，产品责任赔偿没有法定的最高限额。

## 5.2 对外国人的管辖权

美国法院对被告的管辖必须建立在法定的管辖权基础上，而且还必须符合美国宪法的正当程序条款。法院曾经判决，如果外国被告和美国有足够的“最小联系”，那么由法院行使管辖权是符合正当程序的要求的。要有最小联系，外国被告的行为必须“故意使这种行为适用在美国实施的行为所能享受的优惠”，这样外国被告就能享受美国法的优惠和保护。

美国法院曾经就各种行为满足最小联系的要求做出判决。例如，即使外国被告没有在美国的某个州设立经营场所，但只要它在该州开展活动并积极保持业务关系，美国法院对他就有管辖权。美国法院长期以来一直承认，在现代商业生活中，要开展业务不一定要在该州设立营业场所。

另外，将产品投入“商务流程”并希望该产品可以被美国顾客购买的外国公司，可能受美国法院的专门的属人管辖。美国法院对外国母公司在美的子公司也享有属人管辖权。为了基于子公司的合同将母公司置于美国法院的管辖之下，原告必须证明子公司是外国母公司的“替身”或者充当母公司的“代理人”。

外国公司即使在美国没有直接经营场，也必须面对“最小联系”原则，这种积极的管辖权扩张使外国公司的主管人员感到惊骇不已。但是如果根据美国法律美国法院传讯外国当事人比较容易的话，外国人也会宽慰地发现，通过外国法院传讯美国当事人就更

加容易了。有一部联邦法规专门用来促进向美国人送达外国司法传讯或裁决的程序。所以，美国法承认：如果美国公司在外国开展经营业务引起了纠纷，外国法院完全有权对美国公司行使管辖权。

有些情况下，通过与被告的事先协议可以免于复杂的属人管辖。大多数商业协议包括了管辖权条款，在该条款中双方当事人就某国法院的排他性管辖权达成一致。法院通常承认有效的协议中的这类管辖权条款。

### 5.3 审前调查规则

在美国，为案件审理做准备时，诉讼当事人通常要在开庭前开展广泛的调查工作。审前阶段可以用来搜集事实以发现新证据，确定案件审判的关键问题，并且促进案件的协商解决。

联邦法院的审前调查是由一系列“联邦民事程序规则”调整的。民事程序规则第 26 条规定了审前调查的范围。该规则规定“和一方当事人的指控或辩护有关的任何不享受特权的事情”都可以调查。这就允许对不必然与审判有关的信息也开展调查。而且，调查所寻找的证据也不局限于可以被法庭接受的证据。相反，规则第 26 条允许调查任何“根据合理推断可以发现法庭接受的证据”的信息。批评者谴责美国审前调查制度中的这些规定创造了诉讼中类似于“钓鱼之旅”证据调查过程。

在审前调查阶段，当事人可以通过如下方法获得证据：(1) 通过口头询问获得证词；(2) 通过书面询问获得证词；(3) 书面质状 (4) 要求出示资料和物品；(5) 为调查或其他目的而进入领地或其他财产的许可；(6) 要求自行承认。此外，规则第 45 条还规定用传讯的方式迫使当事人出庭、出示物品、聆讯、提供证词或者出席审判。

但是，美国的审前调查也不是毫无限制的。当事人可以拒绝提供受“律师—客户特权”保护的文件（律师和客户之间关于法律服务的通信）。而且，如果一项调查的负担和花费超过了它的益处，或者调查的繁琐程度超过了合理的限度，或者有必要保护当事人免受困扰、骚扰或者压抑，那么当事人也可以请求保护令。规则还规定了一方当事

人当庭提供证词的数量限制（10 次），以及每次录取证词的时间限制（7 小时）。而且，法庭还提供了流线型的调查程序并且设定了调查的截至期。

#### 5.4 调查规则对外国公司的适用

作为一般规则，受案法院如果对外国被告有管辖权的话，该被告要受到美国调查规则的调整。

如果在美国境内得到的证据可以解答调查中的询问的话，法院将会把美国的调查规则适用于外国被告。所以，如果可以从外国当事人在美国的经营场所得到调查询问所需的资料，美国调查规则对该方当事人通常也适用。

对于在美国境外开展的调查，美国法院也很可能适用美国调查规则，但只有分析了所寻找的证据和所牵涉到的外国主权利益后才会这么做。

在美国境外调查有三种方法：(1) 传统的询问函；(2) 在境外调查中适用美国调查规则；(3) 根据《民商事域外取证海牙公约》（“取证公约”）请求外国当局的司法协议。

美国最高法院敦促初审法院不要对外国诉讼当事人进行不必要的和过于繁琐的调查，因为这样的调查会使他们在审理中处于不利的地位。虽然最高法院允许初审法院出于其自己的裁量和国际礼让而求助于取证公约，初审法院一般不会援引取证公约。尤其是当外国当事人也在美国开展调查时，法院更不会求助于取证公约。因为在这些案件中，外国当事人自己可以使用联邦调查规则，而他们却要求美国当事人借助于取证公约才能对他们进行境外调查，这种做法对美国当事人是不公平的。

而且，即使外国当事人的居住地国有“阻碍”美国在其境内开展调查的法规（有的外国政府通过某种法律对遵守其他国家的法院调查要求的本国国民加以惩罚），美国法院也有权要求调查。美国法院通常会不顾阻碍调查的外国法规而要求执行调查令。但是，如果外国法规是为了保护公共利益，或者该法规会对配合美国调查的当事人施以刑事惩罚，或者该法规的目的并不是阻碍美国域外调查而是有其它的目的，那么美国法院不太会迫使外国当事人提供调查所需的资料。

## 5.5 审判程序

曾经参加过大陆法系国家的庭审的人在初次接触美国法院的庭审时，对律师在美国法庭上发挥的强有力的作用会感到非常吃惊。和大陆法系国家的律师不同，美国律师在质证、提供书证及其它证据、反对对方律师提供的证据以及在法官和陪审团面前进行有准备的辩论和即兴辩论方面都扮演主导角色。

美国律师和法官所扮演的角色和大陆法系国家中律师与法官的角色之所以有如此之大的区别，主要原因是这两种不同的法律体系中判定事实的方法不同。

在美国的法律制度下，无论是刑事案件还是民事案件，普遍都由陪审团来对案件的事实做出判断。（这是一般规则。民事案件中诉讼当事人可以不使用陪审团，而由法官来判断案件的事实和法律。）因为陪审团通常是由没有受过法律培训的公民组成，所以美国法律制度并没有授权陪审团判断那些证据是相关的，陪审员也不会对案件的事实基础产生不公正的偏见。所以在美国的庭审中，所有的证据将要通过一道筛子，即证据规则。美国有多种多样复杂的证据规则。一方当事人的律师的任务是利用这些证据规则来出示对他或他的客户有利的证据；而另一方当事人律师的任务则是利用这些证据规则阻碍对方提出证据或者反驳对方的证据。法官的作用是充当裁判，聆听律师的辩论，然后判定哪些证据是陪审团可以听取或者在判断案件的事实时可以加以考虑的。

在大陆法系国家有诉讼经验的人会认为美国的民事诉讼程序通常远远比大陆法国家的诉讼程序费时费财，这种观点是正确的。主要原因是一是审前调查规则的广泛适用，而是在美国的民诉讼中大量使用陪审员。美国审判程序的拥护者认为这种细致有序的程序可以使审判结果更为公正。但是，那些在美国法律制度和大陆法制度下都有过经验的头脑理智的人，则并不认为美国的法律制度下的审判结果比更加高效和经济的大陆法制度来的公正。

## 5.6 纠纷解决的其它方式

虽然在美经商的外国公司可能经常陷入美国法院的民事诉讼，大多数由美国公司和外国公司会在合同中约定一种解决纠纷的方法，而不用诉讼的方法来解决他们的纠纷。

联邦和州法律都承认，除了法院外，仲裁是另一种合法的纠纷解决方式，而且仲裁对当事人具有约束力；如果当事人约定通过仲裁解决纠纷，美国法院通常也会拒绝受理该案件。

国际商事协议的当事人喜欢通过仲裁来解决他们的合同纠纷，而不是由某一方当事人的国家的法院进行审理。原因主要如下：

首先，如果由一方当事人国家的法院进行审理，另一方当事人很自然地会怀疑这种“家乡法院”的审理的公正性。而在仲裁中，双方当事人可以自由选择仲裁员，所以对仲裁员的中立性也更加信任。

其次，如果由一方当事人的国家的法院审理案件，该法院将使用其本国语言，这对不使用这种语言的对方当事人来说是个问题。在诉讼中使用口译和笔译通常无助于问题的澄清，反而会导致更多的误解，而且还会增加诉讼成本。

要比较诉讼和仲裁的成本何高何低是不可能的。一方面，可以说仲裁的成本较低，因为仲裁的审前调查和庭审不受美国的民事诉讼规则和证据规则的制约，而且仲裁的庭审中需要双方当事人、当事人律师和仲裁员共同出席的时间通常要比法庭庭审的时间短得多。但是另一方面，仲裁案件当事人要承担仲裁员的费用，这笔费用有时相当可观；而在美国，法院审理的案件中法官的时间、法院工作人员以及设施都是由纳税人支付费用的。但是总的来说，仲裁很可能比诉讼花费的时间要少，这当然有利于减少仲裁的成本。

商事纠纷的当事人通常喜欢仲裁而非诉讼的另外一个原因是，仲裁是在私人性质的仲裁庭中进行的，而诉讼案件的审理则要公开开庭。虽然存在一些例外的案件，但一般来说，企业的所有人和经理人员总是不希望他们尚未妥善解决的商事纠纷在报纸和电视上曝光。

仲裁比诉讼受欢迎的另外一个实际原因是，将仲裁裁决移送外国执行通常比法庭判决的移送和执行容易。其他国家不愿意承认和执行美国法院的判决。美国法院的判决虽然最终可能在外国得到执行，但是耗时长久且花费昂贵；有时案件还要在外国法院重



审。相反，美国和它的大多数主要贸易伙伴国都是《承认与执行外国仲裁裁决的联合国公约》的缔约国。（缔约国名单见附 III）。该公约要求缔约国承认和执行其他缔约国的仲裁庭做出的裁决。所以，仲裁裁决通常比法庭判决更容易被移送到外国执行。

和解和调解是另外两种非正规的纠纷解决方式，和解和调解的结果不具法律效力。国际商事协议常常将其中之一或者两者都列为仲裁前的预备步骤。

有能力开展国际法业务的美国律师事务所可以为外国公司提供咨询或协助外国公司在美国法院进行诉讼，可以在美国和其他国家为双方当事人主持和解、调解，或者代理双方当事人进行仲裁。

## 结束语

计划进军美国市场时，外国公司及其主管人员必须考虑到有关出口和直接投资的美国法，包括联邦和州的各种法律。外国企业拓展美国市场的努力因忽视这些法律而遭挫败的例子，在美国商业史上比比皆是。如果外国公司不遵守美国商事法律的条文和精神，他们的竞争对手和美国的政府部门就会借助法院和行政机关来进行干预。

相反，符合美国法律而进行运作的公司则可以和他们的竞争者以平等的地位顺畅地进入这个世界上利润最丰厚的市场。为了实现在美国市场的目标，外国公司最好聘请在商业交易、商事诉讼以及代理外国公司方面经验丰富的美国律师事务所。而且，美国律师事务所要能与外国公司的本国法律顾问及税务顾问合作，尤其是要理解外国公司的主管人员和顾问所处的大陆法系的法律背景。



## 美国斐格律师事务所简介

美国斐格律师事务所长期以来一直处理最复杂最富挑战的国际性商务交易和法律事务。

斐格律师事务所拥有 500 位律师遍布美国、欧洲和亚洲，他们拥有丰富的法律经验，能够为客户提供全方位的服务。斐格律师事务所于 1886 年创立于美国明尼阿波利斯，至今，斐格律师事务所已经发展成为美国主要的律师事务所之一。事务所在美国本土的明尼阿波利斯、丹佛、波德、德斯莫尼斯设有分所，并在英国伦敦以及上海设有国际分所。通过这些分所，斐格律师事务所向来自世界 100 多个国家的客户提供服务。斐格律师事务所拥有一支专门从事中国法律事务的富有经验的团队，将中国与世界其他地区紧密地联系起来。事务所常驻于上海的中国业务组合伙人均能够流利的使用普通话和英语。他们曾在上海以及中国的其他地方生活且专攻中国投资、贸易以及并购的相关法律事务均超过十四年。

### 声誉

斐格一直以来因专业深度和在客户服务、技术、文化和公共服务方面的出色表现而受好评。在服务于跨国企业客户的需求方面，我们为领先的国际律师事务所之一。斐格近期获得的荣誉和好评如下：

- 斐格有超过一百名律师上榜 *The Best Lawyers in America* 《全美最佳律师》（2010 年版）
- 斐格在 *Corporate Counsel* 《公司法律顾问》（2010 年）中被评定为下列领域中优先使用的律师事务所之一：国际业务、公司交易、证券、金融服务、知识产权、劳动和就业、诉讼
- 2009 年被 *Legal 500 Directory* 《法律名人 500》列为下列领域顶级律师事务所：资本市场股权融资、公司并购、宪法第一修正案诉讼、税务服务、建筑
- 从 2002 年到 2009 年被 BTI 咨询集团公司评定为客户服务方面最佳律师事务所之一

- 在 2008 年被 *Tax Directors Handbook*《税务总监手册》评定为税务方面的推荐律师事务所之一
- 2007 至 2008 年被 *IP Law & Business*《知识产权法律和业务》杂志评为向全世界 50 家最具创新力的企业提供知识产权保护法律服务的最好的 15 家律师事务所之一

### 代表性客户

斐格律师事务所的服务质量和服务价值享有卓越的声誉，这些声誉来自于最了解事务所的人——我们的客户。斐格律师事务所的客户有跨国公司也有正在建立或扩展海外业务的创业企业。我们的客户包括嘉吉, 杜邦, 霍尼维尔, 伟创力, 英威达, 通用磨坊, 美国运通, 3M, Boston Scientific, Norwest Equity Partners, Piper Jaffray, Target, UPS, Wells Fargo, 以及其他行业的行业翘楚。斐格律师事务所也代表中国银行、复星集团、兖矿集团、重庆机电控股集团等国内著名公司的境外法律事宜。

### 伦敦证交所 AIM 创业板

斐格律师事务所伦敦分所对伦敦证交所高增长市场上市公司提供的法律服务受到了众多好评。伦敦分所是伦敦仅有的几家专注于高增长市场新公司上市以及上市后相关运作的律师事务所之一，并因此闻名业内。伦敦高增长市场建立时，伦敦分所便参与其发展，并其后与伦敦证交所一道在世界各地推广伦敦高增长市场。伦敦分所的律师们还被选为伦敦证交所高增长市场部的高级顾问，并任职于上市公司协会，从而紧跟该证券市场的前进步伐。

伦敦分所在近几年的《英国法律协会指南》（Chambers UK Directory）中被评为公司金融方面的顶尖事务所，该指南是最权威的独立法律行业指南。此外，伦敦分所还由于事务所协助国际及英国资深客户完成的高质量的交易，而在该指南“公司金融：中型规模类”排名中位列前茅。由于伦敦分所公司业务团队提供的高质量

服务和专业建议，斐格律师事务所被客户评为“伦敦高增长市场最富经验的律师事务所”。

### 收购和兼并业务

斐格旗下的律师是并购领域中的翘楚。近年来，斐格完成了数百个并购交易的成交，总价值超过 1,000 亿美元。

斐格向美国、英国以及世界其它地区的企业提供各种规模和结构的国内和跨境交易方面的法律服务，包括：

- 公众公司的兼并和收购
- 收购和出售非公众公司
- 竞卖公众公司、非公众公司
- 举债经营收购
- 转为非上市公司的交易
- 要约收购和股份交换收购
- 收购准备和保护
- 收购和出售子公司、业务部门和其它资产
- 收购融资
- 合资交易以及复杂的许可使用和资产共享交易

斐格律师事务所为从事各行各业的客户提供并购服务，这些行业包括金融服务业，医疗器械业，制造业，软件业，农业，保健业，专业服务业，零售业，出版业和职业体育等行业。斐格代表的客户有：

- 各类行业中的战略型客户，从中小规模企业到价值数百亿美金的上市公司。
- 知名的私募股权基金和风险投资基金，就复杂的收购、处分、融资和补充资本金而向其提供法律服务
- 封闭持股型和家族企业

- 董事会、董事会下属特别委员会和公司管理层，就公司治理结构、诚信义务和披露事宜而向其提供法律服务
- 财务顾问
- 机构贷款人和其它融资来源
- 我们的并购业务部门旗下的律师来自斐格全所，能够就交易中所产生的涉及领域广泛的复杂问题而提供系统化的支持，这些领域包括证券、融资、税务、房地产、环境保护、诉讼、知识产权、信息技术、雇佣和福利、国际法、监管事宜、治理结构、移民、反垄断和竞争以及产品责任。

## 知识产权业务

斐格就复杂的知识产权诉讼和交易而为范围广泛的从跨国公司到高科技企业的客户提供法律服务。斐格的知识产权法律部门拥有 70 名律师，分布美国、欧洲和亚洲，其中包括 30 名注册的专利律师。该国际性团队就全国和跨境知识产权策略、全球范围内的知识产权保护和知识产权执行而向客户提供法律服务。斐格以其在全球性的知识产权法务管理方面的专长而著称。

斐格律师事务所的知识产权诉讼业务在全美律师事务所中处于领先地位，尤其擅长处理涉及专利、商标、版权和商业秘密的纠纷。事务所为财富 250 强公司担任首席知识产权诉讼顾问和首席专利事务顾问排列全美律师事务所前 20 名。斐格被《IP Law & Business》杂志评为美国 2007 年度知识产权保护领域顶尖的律师事务所之一；2007 年和 2008 年，斐格在《Corporate Counsel》杂志举行的财富 500 强企业法律顾问的评选中被评为知识产权领域的的主要律师事务所之一。斐格旗下的诉讼律师在《Chambers USA》的律师排名中名列前茅，并且其中包括知名的成绩卓著的出庭律师。斐格旗下的众多律师具备许多行业的知识产权需求独特的教育和专业方面的资历和经验，包括在电气、化工、机械工程、生物化学、物理和计算机科学等领域的背景。



近年来，斐格在美国国内一系列涉及知识产权纠纷的重大诉讼案中胜诉，其中包括代理客户在一专利纠纷案中获得 3 亿美金赔偿。该案获赔金额在美国知识产权诉讼史上排名第三。斐格为惠氏公司赢得涉及价值逾十亿美元商业秘密的诉讼案件的胜利，在该案中法庭裁定彻底禁止惠氏的某竞争对手进入整个行业，这是知识产权诉讼史上涉及范围最大的禁制令之一。更值得一提的事，斐格在美国成功就一件涉及价值数十亿人民币规模国家重点投资醋酸项目被英国石油指称滥用商业秘密案进行辩护。判决结果允许中国公司将其设备的核心部件运回中国。该案件是中国公司在中国境外重大知识产权侵权案件胜诉的第一案。

斐格的知识产权法律部门在全事务所范围内系统运作，使得斐格可以利用经验丰富的众多律师以更有效和更具创新的方式为客户提供法律服务。斐格在协助客户作为战略资产而对其知识产权进行管理方面具备独到的优势。

### 诉讼业务

斐格律师事务所向客户提供一支庞大的诉讼业务律师团队。该团队拥有大量的在联邦和各州的法院体系中各等级的法院从事诉讼业务的经验，包括在美国联邦最高法院进行诉讼。斐格律师事务所经常参与关于产品质量、知识产权、有毒物质侵权、证券、特许经营和经销商纠纷、公司劳动雇佣法、集体诉讼、跨区诉讼、保险、反托拉斯、破产、建筑、合同的诉讼和其他商事诉讼。斐格律师事务所的律师在美国所有的州都进行过诉讼，同时斐格也在英国、欧洲大陆和亚洲开展诉讼业务。《美国律师》杂志对公司法务部的调查将斐格的诉讼业务列在全美前矛。斐格律师事务所还在 2007 年至 2008 年《公司法律顾问》杂志对财富 500 强公司法律顾问的调查中被连续选为优先使用的诉讼律师事务所。一位律师曾在回应该调查时称赞道：“如果斐格律师事务所的诉讼团队被分成十家律师事务所，其中的七家或者八家仍将排在这张排行榜的前列。”



我们的诉讼业务部门拥有经验深厚的出庭律师、诉讼管理律师、具有特殊领域（如专家证人和证据识别标准）专长的律师、具备调解和仲裁广泛经验的律师。斐格拥有在诉讼管理方面最先进的事务所内部技术部门。

### 上海分所

斐格上海代表处设立于 2001 年。在为欧美客户就进入中国市场以及在中国从事投资、贸易和商务提供法律服务方面，斐格的中国业务部门具有广泛的经验。斐格中国业务部门的律师经常为境内和境外的交易提供国际性交易建构、文件起草以及协商谈判等方面的法律服务。

斐格旗下拥有经验丰富的法律专业人士，具备在中美求学和执业的经历，也有在华从业多年的外籍律师。因此，斐格可以为客户带来实用的建议、有益的经验，协助客户应对和处理进入挑战性和复杂性并存的中国市场所相伴的诸多不确定因素和风险。斐格也与中国当地的多家内资所有着紧密的合作，范围覆盖全国，可以在不同的地区获得当地的专业法律服务。这些内资所人脉对于应对不同地区不同习俗和实践的法律环境有着重要意义。

除提供法律咨询服务外，斐格还帮助客户应对在中国从事商务所面临的纷繁复杂的登记和审批要求，斐格的中国业务部门下设的企业服务分部就完成这些登记及审批要求而向企业客户提供协助，以注重成本效益的方式向企业客户提供企业合规、文秘以及翻译等各方面的服务。

#### **John Grobowski，斐格律师事务所上海分所管理合伙人**

Grobowski 先生是斐格大中华区业务部门的联席主管，是斐格上海代表处的管理合伙人。Grobowski 先生有着超过 20 年的中国业务经验，他的主要执业领域为向跨国企业提供在华设立、收购、经营制造企业和服务供应商的法律服务。Grobowski 先生是对华商务法律的知名权威，曾担任过中国政府竞争法律立法和创投法律改革的顾问，也经常就在华商务有关的主题进行演讲和撰文。Grobowski 先生的 e-mail 地址：[jgrobowski@faegre.com](mailto:jgrobowski@faegre.com)



### **李益强，斐格律师事务所上海分所合伙人**

李益强先生于 1990 至 1992 年在复旦大学法律系任教，并于 1995 年取得美国执业律师执照。李先生的执业经验集中于电信，汽车，化学品，制药，制造，建筑，酒店，保险和金融行业以及重组与破产事务的法律服务。他一直以来为客户在中国开展外国直接投资，收购和兼并，境外上市，技术转让，知识产权和商业事务提供法律服务。李先生分别于 1987 年和 1990 年获得复旦大学法学学士和法学硕士学位，并于 1995 年获得美国华盛顿大学法律博士学位。李先生的 e-mail 地址: [yli@faegre.com](mailto:yli@faegre.com)

### **严瑜，斐格律师事务所上海分所合伙人**

严瑜女士拥有合资、融资、并购、技术转让、不动产交易、风险投资、私募股权以及一般公司法律事务等方面的广泛经验。加入斐格前，严律师曾在另一家著名国际律所的香港分所任职律师。严律师的 e-mail 地址: [wyan@faegre.com](mailto:wyan@faegre.com)

### **George Martin，斐格律师事务所合伙人**

Martin 律师是斐格的公司法律业务部主管、国际业务部门的联席主管以及中国业务部门的联合创立人。Martin 律师曾在中国和中欧常驻五年，就外商投资和经营事宜为美国和欧洲的跨国企业提供法律服务。他的执业经验包括合资、并购、设立独资企业、许可使用和技术转让交易、海外业务的商业合同、投资重组和审查、《美国反海外腐败法》合规、以及与政府部门的协商对话和政府审批。Martin 律师的 e-mail 地址: [gmartin@faegre.com](mailto:gmartin@faegre.com)

**更多信息** 如需了解更多关于斐格律师事务所及其律师和业务方面的信息，请参阅斐格律师事务所网站 [www.faegre.com](http://www.faegre.com) 同时您还可以通过电子邮件订阅本所的法律新闻。我们的联系方式是: [info@faegre.com](mailto:info@faegre.com)



## 美国斐格律师事务所

地址：中国上海南京西路 1601 号越洋广场 2702 室 邮政编码：200040

电话：86 21 6171 6500 传真：86 21 6171 6502